

**RIGHT TO PROPERTY - IS IT REALLY
INVOLABLE?**

Adam Mickiewicz University Law Review

RIGHT TO PROPERTY - IS IT REALLY INVOLABLE?

Edited by Leopold Moskwa



Polish-Russian Summer School 2013



Edited by Jorunal's Scientific Board

Leopold Moskwa Prof. Roman Budzinowski

Prof. Wojciech Dajczak

Prof. Tadeusz Gadkowski

Prof. Ulrich Häde

Prof. Zbigniew Janku

Prof. Elżbieta Jantoni-Drozdowska

Prof. Zdzisław Kędzia

Prof. Marian Kępiński

Prof. Krzysztof Knoppek

Prof. Hubert Kolecki

Prof. Krzysztof Krasowski

Prof. Jerzy Małecki

Prof. Anna Mikulska

Prof. Leopold Moskwa

Prof. Zdzisław Niedbała

Prof. Jerzy W. Ochmański

Prof. Adam Olejniczak

Prof. Francisco Javier Andrés Santos

Prof. Marek Smolak

Prof. Tomasz Sokołowski

Prof. Daniil Tuzov

Prof. Jacek Wiewiorowski

Prof. Paweł Wiliński

Prof. Robert Zawłocki

Editorial Board

Oleg Gorodov

Aleksandr Klimovich

Paweł Kwiatkowski

Leopold Moskwa

Andrei Novikov

Aleksandra Rytelewska

Jorunal's Editorial Board

Paweł Kwiatkowski – editor in chief

Sławomir Marciniak – executive editor

Remigiusz Chęciński – managing editor

Paweł Głapiak

Piotr Horbowski

Jakub Józwiak

Szymon Paciorkowski

Jan Radziuk

Piotr Szulc

Proofreader Editors

Paul Newsham

Natalia Cwicsinskaja

Cover Project

Natalya Naglewicz

Typeset

Joanna Askutja

Justyna Marciniak

Published by: Leopold Moskwa & European Law Students Association ELSA Poznań

© Copyright by Leopold Moskwa, Poznań 2014

Financed by Adam Mickiewicz University Poznań

ISSN 2083–9782

Adam Mickiewicz University Law Review

św. Marcin 90 Street

61–809 Poznań Poland

ppuam@amu.edu.pl

www.ppuam.amu.edu.pl

Printed version is the original version of the journal

Typeset: Joanna Askutja, Justyna Marciniak

Printed by: Totem, ul. Jacewska 89, 88–100 Inowrocław

Contents | Содержание

Preface (Leopold Moskwa).....	11
Предисловие (Леопольд Москва)	15
ВАЛЕРИЙ МУСИН	
Modernisation of the Russian Civil Code: Initial Steps.....	19

I

Essence and limits of the right to property

Сущность и границы права собственности

MALGORZATA CHMIELARZ, KAZIMIERZ ILSKI	
Church Fathers on Ownership	29
MACIEJ MATACZYŃSKI	
What Did the European Community Founders Actually Mean by Saying That the Treaties Shall in No Way Prejudice the Rules in Member States Governing the System of Property Ownership? Analysis of Article 345 TFEU.....	39
МАРИНА МИТЮКОВА	
Некоторые вопросы ограничения права собственности при расследовании преступлений.....	51
ЯНА БЕРГЕР	
Право собственности: пределы и ограничения.....	63
ВИТАЛИЙ ЕЛИСЕЕВ	
Интеллектуальные права как ограничение права собственности	71
MARTYNA PIASKOWSKA	
Who Owns Art? - The Problem of Trade in Cultural Objects.....	79

ADRIANNA SIEBERS	
Общественные блага и трагедия общин – проблема общей собственности	87
ЕКАТЕРИНА ЩЕРБАКОВА	
Экономическое и юридическое понимание права собственности	95
KRZYSZTOF WESTFAL	
Servitude of Transmission - Restriction or Exercise of Ownership Right?	105
WAWRZYNIEC ŻBIKOWSKI	
Property in Some European Constitutions	117

II

The object of property

Предмет права собственности

Юлия МАНЗУЛА	
Объекты государственной собственности	127
MARTA NAWROCKA	
Is My Body My Property?	135
Мария Рудзис	
Право собственности на домашних животных	145

III

Acquisition and loss of the right to property

Приобретение и утрата права собственности

Андрей Новиков	
Наследование по закону в Российской Федерации. Очередность призвания наследников по закону	155
Александр Климович	
Приобретение права собственности на плоды, продукцию и доходы по российскому гражданскому праву	169
Мария Быстрова	
Спорные вопросы приобретения права собственности на клад	185

Ольга Добрынина	
Приобретение права собственности на самовольную постройку	193
Инна Ефремова	
Принудительный выкуп земельных участков в публичных интересах как форма прекращения права собственности	199
LARISSA HENNICKE	
Property Issues Relating to Deep-Seabed Mining in the Light of the United Convention on the Sea of 1982.....	207
Миколај Кондеј	
The Safety of Deposits in EU Banks in View of Cyprus's <i>Bailout Tax</i>	213
Екатерина Нетрусова	
Приобретательная давность как способ приобретения права собственности	221
Надежда Печенкина	
Принцип добросовестности в российском гражданском праве	229
KORNEL SADOWSKI	
The Abstraction Principle and the Separation Principle in German Law	237
Арутюн Саркисян	
Доктрина отказа от права: опыт сравнительно-правового анализа.....	245
Артём Сорокин	
Спецификация: история и реальность	253
Екатерина Шebetникова	
Приобретение права собственности на бесхозяйные вещи	261

IV

Protection of the right to property

Защита права собственности

Олег Городов	
Доктрина исчерпания исключительного права	271
Наталья Кириллова	
Некоторые проблемы защиты права собственности при применении мер уголовно-процессуального принуждения.....	287

ANNA GERECKA-ŻOŁYŃSKA

Правовые проблемы международной защиты культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (Обязательства Республики Польша).....299

RÓŻA DZIEWA

The Issue of Eviction and the Related Problems of Social Housing in the Polish Legal System.....309

ЕКАТЕРИНА КАРАСЬ

К вопросу о защите права общей долевой собственности.....319

КСЕНИЯ РЫСКИНА

Вещно-правовые способы защиты права собственности в Российской Федерации...327

КРИСТИНА СЕМЕНОВИЧ

Проблемы уголовно-правовой ответственности за незаконное потребление электрической энергии333

МАРИЯ ТИМОФЕЕВА

Проблемы вещно-правовой защиты права собственности341

PAWEŁ ŻEBROWSKI

Договор АСТА - защита интеллектуальной собственности или попытка ограничения свободы в интернете?.....349

V

Property miscellanea

Размышления на тему собственности

MICHAŁ FLIEGER

The Ownership Concept in Modern Management – How to Become More Efficient (Outsourcing Viewpoint).....359

ANNA SCHEIBE

Possession or Sharing - The New Rules of Property Management in Profit Making.369

PIOTR FURMANIAK

Особенности подхода к вопросу собственности в Приднестровской Молдавской Республике385

URSZULA MOSKWA

Некоторые международно-правовые аспекты режима Арктики393

ALEKSANDRA ŁOPIŃSKA

Материальное положение, класс, раса. Частная собственность как фактор, регулирующий современные социальные дифференциации.....401

ALEKSANDRA RYTELEWSKA

Коллективный участник: правовое положение супруга участника общества с ограниченной ответственностью в соответствии с польским законодательством.411

IGA ZARZECKA

Вечный вопрос: Какой стране принадлежит Гоголь – России или Украине?419

Preface

I. The topic of the Polish-Russian Summer School of Law and Humanities held on 2–12 July 2013 was: *Right to property - is it really inviolable?* It was organised under co-operation agreements signed in 2005 by the Adam Mickiewicz University (AMU) in Poznań, the Irkutsk State University (ISU), and Saint Petersburg State University (SPbSU). It was the seventh summer meeting of academics and students from Poland and Russia, in which, for the first time, representatives of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration of Pskov participated.

The six previous Polish-Russian Summer Schools brought together a total of 50 academics and over 200 Polish and Russian students:

- The 1st Polish-Russian Summer School of Law and Humanities was held on 10–23 July 2006 in Poznań. It was attended by 45 students and a group of academics from AMU, ISU and the Irkutsk State Linguistic University. The subject of the School was : *Poland – its history, policy and law.*
- The 2nd Polish-Russian Summer School of Law and Humanities, held between 20 July and 2 August 2008, took place in Obrzycko and Poznań, with its main subject being: *European Union – the membership of Poland, the partnership of Russia.* The participants included 32 students and a group of academics from AMU and ISU.
- The 3rd Russian-Polish Summer School of Law and Humanities was held on 18–29 August 2009 in Irkutsk and the ISU conference centre at Lake Baikal. Its subject was: *Justice in the Russian Federation and Poland: Problems of theory and practice.* The School was attended by a group of academics from the Law Institute, ISU and the Faculty of Law and Administration, AMU, and 27 Russian and Polish students.
- The 4th Polish-Russian Summer School of Law and Humanities, was held on 5 – 16 July 2010 in Obrzycko and Poznań again, and hosted, for the first time, academics and students from Saint Petersburg State University. The issues discussed comprised two thematic blocks: *Ethics and law* and *Energy law.* The School was attended by 31 students from AMU, ISU and SPbSU.
- The 5th Russian-Polish Summer School of Law and Humanities took place in Saint Petersburg between 26 June and 7 July 2011 and brought together 30 students from AMU, ISU and SPbSU to discuss: *Law and culture in the global world.*
- The 6th Russian-Polish Summer School of Law and Humanities on 20–29 Au-

gust 2012 was held, for the second time, in Irkutsk and at the ISU conference centre at Lake Baikal. The participating Russian and Polish academics together with 37 students discussed: *Trends of Private Law Development*.

II. The opening ceremony on 2 July 2013 was an excellent occasion to award Doc. Oleg Kosinsky, vice-Director of the Law Institute, ISU, with a *Medal of Merit of UAM*, for his considerable contribution to the successful development of co-operation between Irkutsk State University and Adam Mickiewicz University in Poznań. The Award, proposed by the Council of the Faculty of Law and Administration, received the unanimous approval of the University's Senate on 25 February 2013.

The ceremony was attended by professors and students from universities in Irkutsk, Saint Petersburg, Togliatti, Pskov and Poznań and among the invited guests was the Consul General of the Russian Federation in Poznań, Vladimir Tkachev.

The award ceremony was accompanied by inaugural lectures delivered by: Ludwik Stomma (Professor at the Sorbonne University in Paris, a regular columnist for Polish weeklies *Polityka* and *Przegląd*) who talked about *Attitudes of the Contemporary French towards Russians*, Oleg Kosinsky who gave a talk on *Poles in Siberia*, and Valeriy Musin (Professor at the State University in Saint Petersburg, a corresponding member of the Russian Academy of Sciences and member of the OAO Gazprom's Board of Directors) who addressed the question: *How do good relations between neighbouring countries influence good business?*

On the same day, the students (representatives of five universities) met at the Citadel in Poznań to lay flowers and light candles on the graves of Russian and Polish soldiers who died for *our and your freedom*. The Consul General of the Russian Federation in Poznań was also present.

III. The 7th School of Law gathered 16 academics and 31 Polish and Russian students. Its programme was planned by a team of UAM academics, among them Prof. Leopold Moskwa (general management), Dr Jacek Wiewiorowski (scientific management) and mgr Aleksandra Rytelewska.

The programme was divided into two parts: the first one (3–8 July 2013) was organised at the Art and Rest Centre in Obrzycko. It was designed in such a way that each day there was a paper presented by an academic, an expert in property law, which was followed by 20-minute related presentations prepared by students, and the day would end with a discussion. The lead-in lectures were provided by: Prof. K. Iłski (*Church Fathers on Ownership*), Prof. M. Mataczyński (*What did the European Community Founders actually mean by saying that the Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership? Analysis of Article 345 TFEU*), instructor M. Mitiukova (*Некоторые вопросы ограничения права собственности при расследовании преступлений*), assistant professor A. Novikov (*Наследование по закону в Российской Федера-*

ции. Очередность призвания наследников по закону), Prof. O. Gorodov (*Доктрина исчерпания исключительного права*), Prof. N. Kirillova (*Некоторые проблемы защиты права собственности при применении мер уголовно-процессуального принуждения*), Prof. A. Gerecka-Żołyńska [*Правовые проблемы международной защиты культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (Обязательства Республики Польша)*], Dr M. Fliieger [*The ownership concept in modern management – how to become more efficient (outsourcing viewpoint)*], Dr A. Scheibe (*Possession or Sharing – The New Rules of Property Management in Profit Making*). Apart from the strictly academic programme which was conducted in Obrzycko, there was an integration programme for the participants, which included ice breaking games, outdoor grilling, bonfire meetings, sports games, mixed-team paint-ball, Oborniki to Obrzycko canoeing, disco dancing and karaoke.

The second part of the Summer School was much more oriented towards socialising and tourism, during which the participants visited the Faculty of Law and Administration, had a sight-seeing tour in Poznań, and travelled the Piast route (Ostrów Tumski, through Ostrów Lednicki, to a skansen in Lednogóra), visited the European College in Gniezno and toured the city. There was also a day trip to three mansions that once belonged to Wielkopolska noble families in Koszuty, Kórnik and Rogalin. The 7th Summer School of Law and Humanities finished with an event at the Botanical Gardens.

IV. This publication is a collection of papers presented during the School sessions, which their authors complemented according to the conclusions drawn in the course of discussions. The papers have been divided into four thematic groups suggested by lead lectures: essence and limits of the right to property, the object of property rights, acquisition and loss of the right to property, protection of the right to property. Property *miscellanea* have been included.

Prof. UAM dr hab. Leopold Moskwa

Предисловие

I. 2–12 июля 2013 г. состоялась летняя польско-российская гуманитарно-правовая школа на тему *Право собственности – святая святых. Так ли это?*, организованная в рамках договоров о сотрудничестве, подписанных Университетом им. Адама Мицкевича в Познани (УАМ) с Иркутским государственным университетом (ИГУ) в 2005 г. и с Санкт-Петербургским государственным университетом (СПбГУ) в 2005 г. Это была уже седьмая летняя встреча научных работников и студентов из Польши и России. Надо отметить, что в ней в первый раз приняли участие представители Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте Российской Федерации из Пскова.

Ранее было организовано шесть польско-российских летних школ, в которых приняло участие около 50 научных работников и более 200 студентов из Польши и из России:

- I летняя польско-российская гуманитарно-правовая школа была организована 10–23 июля 2006 года в Познани, а ее тема звучала: *Польша - ее история, политика и право*. Участниками школы были 45 студентов УАМ, ИГУ, Иркутского государственного лингвистического университета и группа научных работников.
- II летняя польско-российская гуманитарно-правовая школа, состоявшаяся с 20 июля по 2 августа 2008 года в Обжицке и Познани, была посвящена теме *Европейский союз – членство Польши, партнерство России*. В ней участвовало 32 студента УАМ и ИГУ и группа научных работников.
- III летняя польско-российская гуманитарно-правовая школа проводилась в Иркутске и конференц-центре ИГУ на озере Байкал 18–29 августа 2009 г. Ее темой стало *Правосудие в Российской Федерации и Польше: проблемы теории и практики*. В проекте приняла участие группа научных работников Юридического института ИГУ и факультета права и администрации УАМ, а также 27 российских и польских студентов.
- IV летняя польско-российская гуманитарно-правовая школа была (уже во второй раз) организована в Обжицке и в Познани 5–16 июля 2010 г. Впервые в ней участвовала группа научных работников и студентов Санкт-Петербургского государственного университета. Обсуждаемые проблемы касались двух тем, а именно: *Этика и право* и *Энергетическое право*. В общей сложности в школе приняло участие 31 студент УАМ, ИГУ и СПбГУ.

– V летняя польско-российская гуманитарно-правовая школа проходила в Санкт-Петербурге с 27 июня по 7 июля 2011 г. В школе участвовало 30 студентов УАМ, ИГУ и СПбГУ. На этот раз темой школы было *Право и культура в глобальном мире*.

– VI летняя польско-российская гуманитарно-правовая школа была организована (уже во второй раз) в Иркутске и конференц-центре ИГУ на озере Байкал 20–29 августа 2012 г. Она была посвящена теме *Тенденции развития частного права*. В мероприятии приняли участие группа ученых и 37 российских и польских студентов.

II. Торжественное открытие VII летней польско-российской гуманитарно-правовой школы состоялось 2 июля 2013 г. и было связано с торжественным вручением медали *За заслуги для УАМ* доценту Олегу Косинскому, заместителю директора Юридического института ИГУ, который внес существенный вклад в развитие плодотворного сотрудничества между Иркутским государственным университетом и Университетом им. Адама Мицкевича в Познани. О предоставлении медали обращался с просьбой Ученый совет факультета права и администрации УАМ. На заседании 25 февраля 2013 года, Сенат УАМ единогласно одобрил просьбу.

В церемонии приняли участие преподаватели и студенты университетов Иркутска, Санкт-Петербурга, Тольятти, Пскова и Познани. Среди приглашенных гостей был Генеральный консул Российской Федерации в Познани Владимир Ткачев.

Церемония награждения О. Косинского сопровождалась тремя лекциями, которые были прочитаны: Людвиком Стомма (профессором Сорбонского университета, постоянным обозревателем журналов *Polityka* и *Przegląd*) на тему *Отношение современных французов к россиянам*, Олегом Косинским на тему *Поляки в Сибири* и Валерием Мусиным (профессором Санкт-Петербургского государственного университета, члена-корреспондента Российской академии наук, членом Совета директоров ОАО *Газпром*) на тему *Как хорошие отношения между соседними странами влияют на хорошие деловые отношения*.

В тот же день студенты из пяти университетов встретились на Познаньской неделе, чтобы возложить цветы и зажечь свечи на могилах русских и польских воинов, павших в конце Второй мировой войны *за науку и вашу свободу*. В церемонии принял участие Генеральный консул РФ в Познани.

III. В VII школе приняло участие 16 научных работников и 31 студента из Польши и России. Программа школы была подготовлена группой научных работников, в состав которой входили профессор Л. Москва (общее руководство), кандидат наук Я. Вевёровски (научное руководство) и аспирантка А. Рытелевская.

Программа школы состояла из двух частей. Первая часть прошла в Доме творче-

ского труда и отдыха в Обжицке с 3 по 8 июля 2013 г. Эта часть была построена следующим образом: каждый день видные ученые, научные работники выступали с часовыми докладами, посвященными теме *право собственности*, после чего свои выступления, связанные тематически с основными докладами, в течение 20 минут представляли студенты; всегда последним пунктом повестки дня была дискуссия. Основные лекции прочли: профессор К. Ильский (*Church Fathers on Ownership*), профессор М. Матачиньский (*What Did the European Community Founders Actually Mean by Saying That the Treaties Shall in No Way Prejudice the Rules in Member States Governing the System of Property Ownership? Analysis of Article 345 TFEU*), преподаватель М. Митюкова (*Некоторые вопросы ограничения права собственности при расследовании преступлений*), доцент А. Новиков (*Наследование по закону в Российской Федерации. Очередность призвания наследников по закону*), профессор О. Городов (*Доктрина исчерпания исключительного права*), профессор Н. Кириллова (*Некоторые проблемы защиты права собственности при применении мер уголовно-процессуального принуждения*), профессор А. Герецка-Жолыньска [*Правовые проблемы международной защиты культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (Обязательства Республики Польша)*], кандидат наук М. Флегер [*The Ownership Concept in Modern Management – How to Become More Efficient (Outsourcing Viewpoint)*], кандидат наук А. Сшэйбэ (*Possession or Sharing – The New Rules of Property Management in Profit Making*). Помимо чисто научной программы в Обжицке также была реализована программа интеграции. В частности, она состояла из: ознакомительных игр – так называемых ice breaking games, барбекю, встреч у костра, спортивных игр, соревнований смешанных команд по пейнтболу, сплава на байдарках от Оборников до Обжицка и дискотеки с караоке.

Вторая часть школы (с 9 по 2 июля 2013 г.) имела, прежде всего, интеграционно-познавательный характер. Она включала в себя, кроме прочего, посещение факультета права и администрации УАМ, осмотр достопримечательностей Познани, экскурсию *Дорогой Пястов*, охватывающую остров Тумский, остров Ледницкий, музей в Ледногуре и Европейский колледж в Гнезно, экскурсию по Гнезно, экскурсию в три великопольские резиденции шляхты: дворик в Кошутах, замок в Курнике и дворец в Рогалине. Школа закончилась встречей в Ботаническом саду УАМ.

IV. Сборник, который мы отдаем в руки Читателей, состоит из выступлений, дополненных выводами, появившимися у их авторов после обсуждений тем в процессе дискуссий. Рефераты разделены на четыре однородные группы, предложенные основными докладчиками: сущность и границы права собственности, предмет права собственности, приобретение и утрата права собственности, защита права собственности. Дополняют все вышеперечисленное размышления на тему собственности.

Профессор УАМ Леопольд Москва

ВАЛЕРИЙ МУСИН

Modernisation of the Russian Civil Code: Initial Steps

The Civil Code of the Russian Federation consists of 4 parts which were adopted and became effective in the period 1994–2008. Application of its rules, both in commercial and judicial practice, has not confirmed their viability. Still, from the beginning of the 1990s, when Part One of the Code was drafted, a lot of water has flowed under the bridge (as in the popular English proverb), and some substantial economic and social developments have occurred in Russia, which should be reflected in our civil law.

That was the background of the Decree of the President of the Russian Federation of 18 July 2008 N 1108 *On the Improvement of the Civil Code of the Russian Federation* which triggered preparation of the Concept of the Development of Civil Legislation of the Russian Federation¹.

The Concept served as a basis for the draft federal law: on the Introduction of Amendments to Parts One, Two, Three and Four of the Civil Code of the Russian Federation as well as in certain Legislative Acts of the Russian Federation which was published in a Russian Newspaper on 7 February 2012, and then submitted by the President of the Russian Federation to the State Duma (a Chamber of the Federal Assembly of the Russian Federation, i.e. of the Russian Parliament).

The main idea of the Concept and, accordingly, of the draft law, is to find a proper balance between private and public elements in civil law. On the one hand, since civil law is of a private nature, a private law method of regulation should prevail in civil law norms. On the other hand, this does not exclude application of public law instruments (fixed in the rules of administrative and criminal law) when appropriate.

To review the whole Civil Code from this perspective is, indeed, a very difficult task, requiring a lot of time and effort. That is why the realization of this task is being performed gradually, so at this stage only initial steps have been taken.

1 V. *Bulletin of the Supreme State Arbitration Court of the Russian Federation*, No. 11, 2009, p. 8–99.

First of all, the Concept emphasizes the necessity of ensuring good faith and proper use of civil law rights and performance of civil law duties. In order to achieve this aim, the good faith principle should be recognized as one of the most general and important principles of civil law.

It should be noted that, generally speaking, the significance of good faith behavior of participants in civil law relations had already been reflected in the RF Civil Code. Its original version had provided that when protection of civil rights is preconditioned by law with good faith behavior of the rightholders, their good faith is implied (See: Article 10 Limits of Realization of Civil Law Rights, Section 5, as adopted by the Federal Law of 30 November 1994 N 52-FL).

However, currently, as a result of implementation of the ideas contained in the Concept, this rule is placed at a higher level.

The Federal Law of 30 December 2012 N 302 FL introduced some amendments to Article 1 of the Civil Code, which is headed Basic Principles of Civil Legislation. Now its Sections 3 and 4 read as follows:

3. In the course of establishment, realization and protection of civil law rights and performance of civil law duties, participants in civil law relations must act in good faith.
4. Nobody is entitled to gain any privilege out of his illegal or bad faith behavior.

Being placed in Article 1 (dealing with the basic principles of civil legislation), the quoted rules shall be deemed as basic principles which are, in other words, none other than elements of the public policy of the Russian Federation, i.e. fundamentals of the Russian legal system (See: Article 1193 of the Civil Code).

Therefore, non-observance of the good faith principle, in legal terms, means violation of the public policy of the Russian Federation. Such an approach is very substantial, both for domestic and foreign markets.

It means, *inter alia*, that where there is a court judgment or an arbitral award based upon bad faith behavior, issued either in Russia or abroad, it shall not be subject to enforcement in Russia since its enforcement would permit a litigant who acted in bad faith to gain a privilege out of his bad faith behavior, which is inconsistent with the fundamental principles of Russian law, i.e. with the public policy of the Russian Federation.

Some new rules relate to transactions and legal consequences thereof.

Similar to the original text of the Code (See: Article 166 of the Civil Code), its amended version differentiates two groups of invalid transactions: voidable transactions (those whose invalidity should be recognized by the court) and void transactions (whose invalidity does not depend upon such recognition).

However, accents have now shifted. Previously, a transaction inconsistent with a law or other legal act was deemed voidable unless a law declared it to be void (see: Article 168, the original version).

Now (as of 1 September 2013), the situation is different. A transaction inconsistent with a law or other legal act shall be deemed voidable.

It shall be deemed void if it contradicts the public interest or violates the rights or legitimate interests of third parties (See: Article 168 as amended by the Federal Law of 7 May 2013 N 100-FL).

Currently, the approach of the Code with regard to the legal consequences of invalid transactions has, to some extent, deviated from what existed earlier. As for the general rule, it is the same: restitution *in integrum* (See: Article 167 (Section 2) of both versions).

However, in relation to certain kinds of invalid transactions, legal consequences are now different from those which existed earlier. For example, a transaction concluded with the aim of knowingly contradicting the fundamentals of the legal order or morality was deemed void, and if both parties acted willfully, in cases where the transaction was executed, everything received by them had to be confiscated by the Federal Treasury (See: Article 169, the original version).

Currently (as of 1 September 2013), such a transaction shall also be deemed void, albeit its consequences will be those as provided by Article 167 of the Code (i.e. *restitutio in integrum*). As for confiscation, its application is now preconditioned by two circumstances:

- such consequences should be expressly established by law, and
- it depends upon the court's discretion, since, according to the text of the new version of Article 169, the court may (rather than shall) act this way.

Some amendments (mainly of ascertaining character) have been introduced into the rules concerning transactions concluded under the influence of delusion. Both earlier and now, such a transaction shall be deemed voidable and may be recognized as invalid by a court provided the delusion was substantial (See: Article 178 of the Code). However, the original version simply declared a necessity for a delusion to be substantial without any details. Meanwhile, Article 178 in its amended version explains the meaning of this notion.

A delusion shall be deemed substantial if the party refrained from conclusion of the transaction because he was unaware of the actual situation (See: Article 178, Section 1).

Section 2 of this Article now contains an illustrative list of kinds of substantial delusion, such as:

- a party made an evident error (e.g. typo, slip);
- a party misunderstood substantial features of the subject of the transaction;
- a party misunderstood the nature of the transaction;
- a party mistook a person with whom the transaction was concluded or who was connected with the transaction;

- a party misunderstood the circumstance mentioned in his statement as a precondition for conclusion of the transaction.

There is also an additional provision in Article 178 (Section 4), according to which a transaction shall not be declared invalid if the other party gives his consent for the transaction to remain valid, upon conditions assumed by the confusing party when entering into the transaction.

In such a case, a court judgment refusing recognition of the invalidity of the transaction should indicate those conditions.

With regard to transactions concluded under the influence of fraud, Article 179, in its current version, specifically deals with a situation where a person enters into a transaction under the influence of fraud committed by a third party. In such a case, an aggrieved party is entitled to apply to a court for recognition that this transaction is invalid, provided the other party knew or should have known about the fraud. Such knowledge shall be deemed as existing when the third person was an employee or representative of the other party or assisted this party in conclusion of the transaction (See: Article 179, Section 2, Paragraph 3).

The Federal Law of 7 May 2013 N 100-FL supplemented the Civil Code with a new Chapter 91 Decisions of Meetings. The background of the introduction to this chapter is apparently the complex legal nature of such an act.

When, e.g. the consent of all (or at least the majority - simple or, perhaps, qualified) a company's shareholders is needed for the company to enter into a certain transaction, a relevant decision is aimed at achievement of some civil law consequences (i.e. creation, change or termination of civil law rights and duties), and to that extent – similar to a transaction.

Still, this is similar but not identical. The crux is that nobody may be bound by a transaction (as its party or beneficiary) without his consent. At the same time, a decision of a meeting is binding upon all persons entitled to participate in it (See: Article 181¹, Section 2) including those who did not attend the meeting or voted against the decision. That is why a decision of a meeting, from the standpoint of its legal nature, is an act *sui generis*.

With due consideration of these peculiarities of meetings decisions, Chapter 91 regulates the procedure for taking decisions, their contents and challenges thereof.

Decisions of meetings may be taken either in the course of joint attendance of the participants or by correspondence and should be reflected in the written minutes (See: Article 181² of the Code).

As with transactions, decisions of meetings which are inconsistent with mandatory rules shall be deemed voidable (i.e. they may be declared invalid by a court) or void (when their invalidity does not depend upon a court's judgment). A decision shall be deemed voidable if:

- there is a substantial violation of the procedure of the convening, preparation and performance of the meeting which affected formation of the participants' will;
- a person who spoke on behalf of a participant of the meeting was not authorized to do so;
- equality of the participants' rights was violated in the course of the meeting;
- rules of preparation of the minutes were substantially violated, e.g. where there were no written minutes (See: Article 181⁴, Section 1 of the Code).

A decision shall be deemed void if it:

- is taken in the absence of the quorum;
- is taken in an issue beyond the competence of the meeting;
- contradicts the fundamentals of legal order or morality (See: Article 181⁵ of the Code);
- a decision of a meeting may be challenged in court by a participant who voted against it. Those who voted for it or abstained may challenge the decision provided their will in the course of voting was affected (See: Article 181⁴, Section 3 of the Code).

A statement of a claim to declare the decision of a meeting invalid may be filed with a court within six months of the date when a person whose rights have been violated by the decision became (or had to become) aware of it. The claim must be made at the latest within two years of the date when the decision became publicly available to participants of the relevant civil law community (See: Article 181⁴, Section 5 of the Code).

There are also some new rules concerning the power of attorney. Previously, the ultimate term of validity of the power was limited to three years from the date of its issuance (See: Article 186, Section 1 of the Code, the original version). The only exception to this rule related to a notarized power of attorney designated for application abroad. Such a power of attorney was valid until its revocation by the principal (See: Article 186, Section 2).

This exclusion remains in existence, but the current version of Section 1 of Article 186 (as introduced by the Federal Law of 7 May 2013 N 100-FL) does not contain any indication to the ultimate period of validity of a power of attorney. This means that, as of 1 September 2013, this period shall depend upon the principal's discretion.

Earlier, a principal was entitled to revoke a power of attorney at any time (See: Article 188, Section 2 of the Code, the original version).

Currently, this rule is accompanied by a reference to Article 1881 (introduced by the Federal Law of 7 May 2013 N 100-FL). This new Article provides the possibility for a principal to issue an irrevocable power of attorney. Such a possibility is preconditioned by the following factors:

- a power of attorney is issued in connection with an obligation in the sphere of business activity;
- a power of attorney is notarized.

It should, however, be noted that irrevocability of such a power of attorney does not have an absolute character.

The power of attorney may be revoked when:

- the relevant obligation is terminated;
- a representative abuses his rights;
- there are circumstances clearly indicating that such an abuse of rights may occur.

Substantial amendments have been introduced by the Federal Law of 7 May 2013 N 100-FL to rules relating to the time limitation period. In general terms, it remains the same (3 years), albeit there are certain innovations with regard to the starting point of this period and its interruption.

A time limitation period is a term for judicial protection of a violated right (See: Article 195 of the Code). This means that until a right is violated, there is nothing to protect, so this period cannot commence, even theoretically.

As soon as a right is violated, it needs judicial protection. It is worth, however, noting that in order to take any steps aimed at the protection of the violated right, an aggrieved person should at least become aware of such a violation. Moreover, in practical terms, an aggrieved person (as a plaintiff) may only file a statement of claim with a court provided the wrongdoer (i.e. a respondent) is also known.

Therefore, theoretically, the time limitation period may commence from the moment when:

- the right is violated;
- the rightholder became (or should have become) aware of the violation;
- the rightholder became (or should have become) aware of both the fact of the violation and of the person who is liable for it.

All these three variations have been known to Russian civil law if reviewed from the point of view of a historical retrospective. According to the Civil Code of the RSFSR² 1922, the starting point of the time limitation period coincided with the moment of violation of the right (See: Article 45). The Civil Code of the RSFSR 1964 shifted this point to the moment when an aggrieved person became (or should have become) aware of the fact of the violation of his right (See: Article 83). The same concept was shared by the original version of the RF Civil Code whose Part One became effective as of 1 January 1995 (See: Article 200, Section 1).

The Federal Law of 7 May 2013 N 100-FL substantially amended this approach in two aspects:

- it attributed the starting point of the time limitation period to the date when a person became (or should have become) aware of the violation of his right and

2 RSFSR – the Russian Soviet Federation Socialist Republic as the part of the USSR.

of the person who is a proper respondent in the case of judicial protection of this right (See: Article 200, Section 1 of the Code, the new version);

- it established the ultimate length of the time limitation period – ten years from the date of violation of the right (See: Article 196, Section 2 of the Code, the new version).

As for interruption of the time limitation period, it traditionally occurred in two situations: 1) filing a statement of claim in due course, and 2) recognition of a debt by the debtor (See: Article 50 of the Civil Code 1922, Article 86 of the Civil Code 1964³, Article 203 of the RF Civil Code, the original version). In either situation the time limitation period after its termination shall run anew.

At the same time, in the first situation, when a case had been repeatedly reviewed by courts of different levels, there was a possibility of expiration of the time limitation period (that commenced anew after filing a statement of claim with the trial court) prior to the date when the case would have been finally resolved.

In order to prevent such a situation, the Civil Code now provides that the time limitation period shall not run from the date of application to a court in due course for protection of the violated right and during the whole period of time within which the judicial protection of this right is being performed (See: Article 204, Section 1 of the Code, the new version).

Therefore, currently, the only ground for interruption of the time limitation period is the debtor's act evidencing recognition of the debt (See: Article 203 of the Code, the new version).

Further amendments will apparently be introduced into the RF Civil Code in the near future.

Biographical reference:

ВАЛЕРИЙ МУСИН – Professor of Law, Head of the Civil Procedure Department of the Saint Petersburg State University, Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences.

3 According to Article 86 of the Civil Code 1964 recognition of a debt by the debtor interrupted the time limitation period only in disputes with involvement of natural persons.

SUMMARY

Modernisation of the Russian civil code: initial steps

The aim of the study is to present the initial steps in modernisation of the civil code of the Russian Federation. The author presents the selected aspect of the challenges according to the modernisation of the law system in order to answer some substantial economic and social developments that have occurred in Russia and should be reflected in civil law regulation.

KEYWORDS: civil law, modernisation, Russian Federation law system

I

Essence and limits of the right to property

Сущность и границы права собственности

MAŁGORZATA CHMIELARZ, KAZIMIERZ ILSKI

Church Fathers on Ownership

Who is the absolute owner of everything? According to Christian thought, which evolved with the Early Byzantine Empire, the answer is clear: God, and right after him his highest representative, the steward of the earthly kingdom – the emperor. The idea expressed so elaborately by St. Augustine in his *City of God* gave the emperor the moral grounds to extend his care over every piece of God's creation. It gave also him a potentially relevant title to the part of the earth that was not yet Christian. Clearly, the stewardship was not restricted only to the geographical borders of the empire and it had both ideological and political importance. We can observe the process of extension of the Christian realm as early as in the first half of the fourth century – Armenian historians from the fifth century, the anonymous author of *The epic histories* (in older literature called Pseudo-Faustus) and Agathangelos all gave us testimony of the conversion and christianisation of Armenia, in which the important role was played by bishops who came from or at some point traveled to meet the emperor or attend an ecumenical council¹. Those visits, even if it remains a matter of dispute whether they actually happened or not, evidently seemed probable and even suitable for fifth century authors. The religious primacy of the *Rhomaioi* in the fifth century from this point of view seemed obvious.

The neighbouring countries which were pioneers of Christianity in that region were also placed between the great players of that time – between the Roman/Byzantine empire and the Persian *basileia*. This could suggest that the reasons for conversion could have been both ideological and political.

¹ Cf. Agathangelos, *History of the Armenians*, transl. by R.W. Thomson, Albany 1976, Prologue 4: St. Gregory and bishops Aristakes and Albanos meet emperor Constantine, Aristakes travels to the council in Nicea; *The epic histories attributed to P'awstos Buzand* (Buzandaran Patmut'iwnk'), transl. by N.G. Garsoïan, Cambridge, Mass. 1989, III.10: Jacob of Nisibis at council in Nicea, present also bishop Aristakes.

The care of some Christian prisoners that the Persian king of kings refused to provide was (at least in the opinion of the fifth century Church historian Socrates Scholasticus) the cause of the Persian-Roman war in the year 421². It seems that in the light of religious differences, the religious and political protection of refugees was important for both the Roman and the Persian emperor – in the following centuries Persia became the main place of escape for every religious outsider and a refuge for leaders and supporters of the most important heresies.

It seems that the process of creating the Christian *oikumene* in its ideological and physical shape must have influenced the understanding of some legal and economic terms, for example property ownership. Questions of whether the Church should possess anything and whether it could be wealthy became a conundrum soon after Christianity gained the status of the official religion of the empire. The question of a wealthy Church appeared easier to answer, at least on the grounds of the New Testament's teachings and more generally on the grounds of the philosophical and religious views of the early Christian era. The common suspicion that surrounded wealth and wealthy people was certainly not limited to Christian thought, even though the proverb of the eye of a needle and a rich man became a synonym for the apology for poverty in early Christianity. Apart from the ancient concept that very rich men are not good men, adapted first by Plato in the 5th book of *Laws*³, then by stoics, Evangelists and Fathers of the Church, some significance in late antique and early Byzantine treatises was gained by the deeply rooted maxims of the authors of New Comedy, who were skilled observers of some universal behaviours. The most well-known came from Menander and illustrated suspiciousness towards those who quickly enriched themselves. The proverb states: Οὐδέεις ἐπλούτησε ταχέως δίκαιος ὢν (*Wealth never comes quickly to an honest man*)⁴. The same mistrust towards the sources of sudden fortunes appeared in the Roman context in the age of great political changes – the criticism of extravagant richmen is found in many satirical writings of the first centuries of the Roman Empire – the leading example is a description of the nouveau riche excesses of Trimalchio by Petronius. But condemnation of certain behaviour is one thing and the condemnation of property ownership or richness itself is another.

Constantine and his followers not only gave Christians some tax privileges but also the title to certain possessions – gardens, churches and the land they stood on. But the rights to those possessions could not be permanent as in the next decades we hear about them, being taken back from certain heresies. The process could be reverted, sometimes

2 Cf. *Sokrates: Kirchengeschichte: Griechischen christlichen Schriftsteller der ersten Jahrhunderte*, ed. G.C. Hansen, M. Širinjan, n.F., Bd. 1, Berlin 1995.

3 Cf. Plato, *Leges*, ed. J. Burnet, *Platonis opera*, vol. 5, Oxford 1907.

4 Cf. Colax 43, *Menandri reliquiae selectae*, ed. F. H. Sandbach, Oxford 1972. The proverb was known at the times of Stobaeus, who cites it in his *Florilegium* 10, 21.

more than once – Thodosius II gave back the churches to the Novatians that had previously been taken from them⁵. If the emperor gives and takes christian possessions – is the Church (that means God) the owner or is it the emperor? Are sacred places a matter of *res privata* or *res publica*? Papyri fragments have left us with examples of sales agreements between monasteries and citizens in the matter of property ownership, but even in those agreements certain goods (like minerals) could be excluded from the sale⁶. It was not an unknown phenomenon for some possessions, even those placed on private property, to have exceptional status – this was the case with some species of plants which were especially valuable for the emperor, like certain species of vine or rare kinds of trees useful for boatbuilding⁷. In the papyri collections there are examples of fourth century formal oaths of the owners of properties on which (or next to which) the crucial plants were growing – the owners had to swear on paper that the trees would be looked after⁸.

Those privileges of the emperor are not a matter of dispute and the fathers of the Church did not try to undermine them. An interesting innovation of Christian thought is the view that some goods, even those placed on private, not public property, should belong to all. The grounds for this change provided a new understanding of justice and community.

For Ambrose from Milan *iustitia*, justice, was the main rule of social life which should also govern political and diplomatic relations between countries⁹. *Iustitia* was not, therefore, a purely juridical category. It became, at the same time, a religious category, because the social order resulted from the anthropological similarity of humans to God. Since God acts according to justice, humans should follow in his foot-steps. Thus, *Iustitia* is

5 The constitution of 428 forbade the Novatians from build new churches, but according to a previous regulation included in the Theodosian Code they could still possess the churches and cemeteries that were rightfully theirs: cf. *CTb* 16,5,65; 16,5,2. K.L. Noethlichs, *Revolution from the top? Orthodoxy and the persecution of heretics in imperial legislation from Constantine to Justinian*, [in:] *Religion and Law in Classical and Christian Rome*, ed. C. Ando, J. Rüpke, Potsdamer Altertumswissenschaftliche Beiträg, Bd. 15, Stuttgart 2006, p. 115–125, makes a reasonable assumption that there must have been a previous edict that deprived the Novatians of their property, now handed back to them.

6 Written accounts confirm that Egyptian monks often entered into contracts with other monks or members of civil society. Monks appear in numerous deeds of sale, loans, or leases of every kind of property. Monasteries, sometimes founded by private citizens on their own land and thus considered *private* (eg. inherited by the heirs of a founder), could be also sold to lay people. Cf. the will of Abraham of Hermonthis, P. Lond 177, or SB I 5174–5175, the papyri from the sixth century, repoting the selling of some cells within the Melitian monastery of Labla (Hawwarah) by a monk who joined another community.

7 Cf. Forthcoming article M. Chmielarz, *Ochrona drzew w Egipcie bizantyńskim*, considering protected trees used in boatbuilding.

8 Cf. P.Oxy. XLI 2969, 2993, 2994.

9 On the concept of justice in Ambrose's thought cf. K. Iłski, *Idea jedności politycznej, społecznej i religijnej w świetle pism Ambrożego z Mediolanu*, Poznań 2001, p. 244–255.

a general rule. Ambrose demanded that this should be applied in every situation of social life, so it would become the rule establishing the community of the human race (*societas generis humani*):

Iustitia igitur ad societatem generis humani et ad communitatem refertur. [...] communitatem ad societatem nostram adiuvat, excelsitatem tenet, ut suo iudicio omnia subiecta habeat opem aliis ferat, pecuniam conferat, officia non abnuat, pericula suscipiat aliena¹⁰.

When Ambrose speaks about *societas generis humani*, the community of human kind, not about *societas civium*, the community of citizens, he defines a much wider circle of possible integration than the one defined by the formal aspects of Roman citizenship. Of course, the claim that this wider understanding of community should also apply to the requirements of *iustitia* had to be based on more general premises than Roman law. For that reason, the divine law appeared more appropriate. The view that the virtue of justice is a rule of social life was so demanding that Ambrose suggested it could only come from God, i.e., in Church. In Ambrose's writings we can find the first known ideological connection between baptism and the concept of justice¹¹. He also asserted that the Church is the best space for shaping *iustitia*. Sources of justice were seen in Christ, the founder of the Church. Even though the circulation between two spaces, earthly and heavenly, became the destiny of the Church, one cannot doubt that the real dimension of social life should come under the declared rules of justice, at least as a postulate of common life and the work of Christians. The visible and invisible quality of the Church, its temporal and eternal character, were by no means mutually exclusive, they were a natural, necessary and inevitable outcome.

Any virtue based only on law-terms could prove insufficient when the limits of Romanitas were exceeded. The christian *iustitia* exceeded all limitations: territorial, ethnic, social and psychological. It became the basic rule of the whole human community¹², because a human could only expect help from another human¹³. This postulate contained a clear aspect of social help, because Ambrose, when defining the laws of nature, pointed at common ownership of property¹⁴. Possession of common goods established not only the foundation for social welfare and redistribution of goods, but also gave some sense of community. People are obligated to *utilitas communis*: the mutual possession of goods.

10 Ambrose, *De off.* I, 130.

11 *De sacramentis* I, 5, 15: *Vide, quia omnis iustitia in baptisate constituta est.*

12 Ambrose, *De off.* I, 118: *Iustus communia pro suis habet, sua pro communibus, iustus ipsum prius quam alios accusat*; correction of Cicero's *Ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis*, *off.* I, 20.

13 Cf. Ambrose, *De off.* I, 134.

14 Cf. Ambrose, *De off.* I, 132.

This ought to relate to both: *res publicae* and *res privatae*, but – it should be stressed – Ambrose’s concept of *iustitia* does not question the laws of private property, it only changes the way of thinking from individualistic to social. Members of *communio* had to be useful to all. If, in Ambrose, we can notice such an understanding of the laws of nature that is based on divine laws, or even that those two are constantly intermingling, it should be considered as reminiscent of the stoic views represented by Cicero.

Cicero presumed that some cosmic creative forces (in Ambrose’s view – divine forces) gave people all kinds of goods to use, at least as long as people remain people (*quae in terris gignantur, ad usus hominum omnia creari*). Ambrose points out that the divine law is often broken by *usurpatio* – the contrary to nature attachment to the property itself. This term opposes Cicero’s *vetus occupatio*¹⁵. Both authors had an unquestionably high regard for common goods and the feeling of community they create, but Ambrose underlines more the criticism of individualistic behaviour in the narrow sense of ownership of persons or families and in the much broader sense of redistribution, considering the whole world (*terra, mundus, commune omnibus*).

The Fathers of the Church saw at least two reasons for establishing the human community. The first one, the natural one, followed the unity of human kind and resulted from the common beginning of everyone, as *the same nature is mother for all people, therefore we are all brothers, because we were born from the same mother and by the same law we became kindred*¹⁶. This view is clearly of stoic origin, even though christian argumentation traces it back to the common provenance of Adam and Eve. The second reason is supernatural – the solidarity of the human race as the consequence of redemption, which did not stem from the laws of nature nor from human will. Every virtue is given to humans in order to serve others. Ambrose reminds us of a common duty to support each other and criticises tendencies to create closed social circles, visible also in the attempts of members of the Church to isolate themselves from the rest of society.

By the laws of nature, a human is called to be a member of a community. The prosperity of an individual is therefore dependent on the prosperity of all. Ambrose refers to Cicero and his view of *iustitia* as most important for the community, but he postulates at the same time, that Christians keeping the old classical definition of private property should give everything at their disposal to all members of the community. It does not necessarily mean giving away one’s goods or obtained products but only those common in commercial exchange or mutual help. Thus *iustitia* was not an individual virtue – it

15 Cf. Cicero, *off* I, 21: *Sunt autem privata nulla natura, sed aut vetere occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt, aut lege, pactione, condicione, sorte; ex quo fit, ut ager Arpinas Arpinatium dicatur, Tusculanus Tusculanorum; similisque est privatarum possessionum discriptio. Ex quo, quia suum cuiusque fit eorum, quae natura fuerant communia, quod cuique optigit, id quisque teneat; e quo si quis sibi appetet, violabit ius humanae societatis.*

16 Ambrose, *De Noe* 26, 94.

was a quality of the society. Citizens should live in unity with the laws of nature, because these create, according to Ambrose, some model of balance in social relations.

Most of the Fathers of the Church, with Ambrose in the foreground, believed that the world was created for everyone and the earth should be of use for all humans (*in commune omnibus [...] terra fundata est*). This idea could leave the impression of disregard or even violation of private property, but it was certainly not an expression of any negative attitude of the Church to private property itself.

This can undoubtedly be seen in the fourth century synodical acts, especially the synod held in Gangra in around 340 which excommunicated the followers of the monk Eustathios from Sebaste. The extant synodical letter proves that his heresy, popular with some ascetics in the Syriac speaking part of the empire, undermined the social order in many ways: the monks did not obey the officially approved calendar of fasts, did not eat meat at all, did not participate in liturgy in churches, at the same time performing some liturgical activities in cloisters without an assigned presbyter and omitting the bishop's mediation in the distribution of offers, therefore usurping the space, duties, and maintenance of the Church's hierarchs. Indeed, the concern for the fixed order, both clerical and civil, caused the bishops to excommunicate Eustathios. The danger to the known and well-established social order was seen in his condemnation of marriage (especially the marriage of clergymen) as an institution of lesser value than virginity or celibacy. His ascetic followers walked out on their husbands and wives, abandoned their children and – in the case of slaves – their masters, and tried to differ from the rest of the priesthood by dressing differently in the foreign manner, which was heavily criticised in the synodical letter and in some of the extant canons. The important part of the bishops' testimony also considered another view of Eustathios that influenced social relations – the contempt for private property and total rejection of wealth. He declared a rather radical form of ascetics that involved resigning from every form of social relation and leaving every earthly possession behind under threat of eternal damnation. It seems that his followers' livelihood came from offers usually reserved for the Church. The bishops assembled in Gangra, in an epilogue to the canons, concluded that the Church does not discard nor condemn ascetics – it rejects only those who were driven to an ascetic life by pride and tried to elevate themselves above the rest, and did not exercise ascesis by the rules of the Sacred Script. However, they stressed at the same time that while respecting resignation from mundane goods, the Church does not hold ownership nor wealth in contempt, as long as possessions go hand in hand with justice and charity¹⁷.

Of course, the relation to wealth, at least in canonical law, had to be expressed carefully and considering the continuous post-stoic tradition, subjected to some moral conditions, such as, for example, good will. One can observe this phenomenon in the acts of synod

¹⁷ *Acta Synodalia ann. 50–381*. Dokumenty synodów od 50 do 381 roku, t. I, ed. A. Baron, H. Pietras, Kraków 2006, p. 122–128.

held in Sardica at the turn of the years 343 and 344. During this assembly, bishop Hosius proposed a rule concerning the election of bishops¹⁸. If a rich man applied, he should neither receive approval nor promotion if he had not previously fulfilled the function of lector, diacon and presbyter. Every stage of his career should last a certain period, so he could prove his character, his endurance, nobility, respectability in manners and true faith. One cannot elect a bishop precipitously and irresponsibly – the test of time will reveal everyone's true character and way of life. Only two groups of people were treated with such suspicion by members of this synod: the wealthy and lawyers. The proposition of bishop Hosius was approved without any objection.

It seems that the possible connection between wealth and immorality was a common opinion in the fourth century and the obvious relationship between those two qualities could also be a political argument – the opponents of St. Atanasius at the synod held in Alexandria swore that the bishop was a man of wealth and capable of anything. The view of rich men as being immoral found its culmination in the acts of the synod in Carthage in 401, which declared:

On account of the afflictions to the poor by whose troubles the Church is worn out without any intermission, it seemed good to all the Emperors be asked to allow defenders for them against the power of the rich to be chosen under the supervision of the bishops¹⁹.

Of all the Fathers of the Church, the most critical stand on wealth owners was taken by St. Jerome, who, in his commentary on Jeremiah 2.6 admitted the truthfulness of the old saying of the philosophers: *Omnis dives aut iniquus, aut haeres iniqui (every rich man is unjust or the heir of an unjust one)*²⁰. It is by no means an isolated assertion – the same statement with some additional epithets, like *the tabernacle of demons* – for those who work for honors or riches²¹, appears in others commentaries and treatises of Jerome. His criticism comes from the concept of iniquity as an attribute of every possession. It is not only the common belief that the rich *fill their houses through the plunder and losses of others (Et aliorum damnis atque dispendiis suas complent domos [...])*, it is a more complex

18 *Ibid*, *The Synod of Sardica*, canon II.10.

19 *Canon X of Carthage: Nicene and Post-Nicene Fathers*, transl. by P. Schaff, [in:] *The Seven Ecumenical Councils*, New York 2007, p. 479.

20 Jerome, *Commentary on Jeremiah 2.6*, ed. PL vol. 24, col. 747 B-C.

21 Jerome, *Commentary on Habakkuk 2.3*, ed. PL vol. 25, col. 1316 C: *Daemones intelliguntur, quorum fit tabernaculum quicumque in hoc saeculo propter honores et divitias laborarit: quod significanter sub uno verbo iniquitatis ostenditur, Omnis enim dives, aut iniquus, aut haeres iniqui est*, transl. by J.A. Ryan, *Alleged Socialism of the Church Fathers*, St. Louis 1913, p. 78: *Those who work for honors or riches in this world become the tabernacles of demons; this is significantly shown by the one word iniquity, for every rich man is either unjust or the heir of an unjust one.*

idea, traces of which were already present in Platonics, that *all riches come from iniquity*. For Jerome and many after him, it was obvious that *unless one was the loser another could not be the gainer*²². Those two features – the fear of depravation that wealth carries and the belief that wealth is generally built on the unhappiness of others and is somehow connected to injustice – became characteristic of the christian ascetic throughout the following centuries.

One should notice that the views of Ambrose, so closely connected to stoicism and the general criticism of wealth, were not universally accepted. Shortly after, St. Augustine noted the following concerning Donatists' claims on Church property:

Look, there are the villas. By what right do you protect those villas? By divine or human right? Let them reply: Divine right we have in the Scriptures; human right in the laws of the king. On what basis does anyone possess what he possesses? Is it not by human right? By divine right, The earth and its fullness belong to the Lord (Ps. 24,1). God made the poor and the rich from the one clay, and the one earth supports both the poor and the rich. Nevertheless, by human right one says, This villa is mine; this house is mine; this servant is mine. Thus, by human right, by the right of the emperors. Why? Because God has distributed these same human rights through the emperors and kings of the world²³.

For Augustine, as for stoics, property itself had no moral value and wealth could not be a reason for condemnation. Every law regulating private ownership was sanctioned by the emperor, and thus could not be not understood as a 'natural' right, even though it could be traced back to God's creation and universal values as for moderation and the ability to recognise the proper use of everything that Augustine strongly believed in²⁴.

In Augustine's writings and his concept of *iustitia* we can also find some universal, higher order owing to the distribution of goods, for justice issues from the proper and just sharing of those things necessary for life, as God freely distributes air, water, and light. The right order of things, and its consequence – true peace – is an attribute of the City of Heaven – the ultimate goal of human existence. But just sharing should not be understood too literally – St. Augustine, who came from a rich family himself, never questions that there are those who have more than others and never condemns them *a priori*:

22 Jerome, *ep.* 120.1, col. 984: [...] *omnes enim divitiae de iniquitate descendunt et nisi alter perierit, alter non potest invenire*, transl. by J.A. Ryan.

23 *Tractate VI on the Gospel of John. Cit. per:* R.J. Dougherty, *Catholicism and the Economy: Augustine and Aquinas on Property Ownership*, *Journal of Markets & Morality* No. 6, 2, 2003, p. 479–495, who gives also a detailed analyse of this passage at p. 481–483.

24 *Ibidem*, p. 483.

Do not take what I have said, brethren, in such a way, as if God does not hear those who have gold and silver, and a household, and farms, if they happen to be born into this estate, or hold such a rank in the world: Only let them remember the Apostle's words: Charge those who are rich in this world, that they be not highminded (1 Tim. 6:17). For those that are not highminded are poor in God, and to the poor and needy and those in want he inclines his ear²⁵.

The main difference between the rich and the poor is that every good deed concerning possession *can be done by a rich man in will and deed, but by a poor man only in will*²⁶. The existence of private property was never undermined, even by such fiery statements urging almsgiving as the one of St. Basil of Caesarea, who said:

The bread in your cupboard belongs to the hungry man; the coat hanging in your closet belongs to the man who needs it; the shoes rotting in your closet belong to the man who has no shoes; the money which you put into the bank belongs to the poor. You do wrong to everyone you could help but fail to help²⁷.

Of course, the Fathers of the Church had to find some compromise between the New Testament's calling to leave everything and follow Jesus and the right to possess and to use God's creations according to their purpose. The renouncement of earthly possessions became highly praised but voluntary. Ownership itself became morally neutral. Even someone as critical towards wealth as St. Jerome during his studies of Scripture was supported by wealthy widows and saw nothing wrong in the contribution of private fortunes to the prosperity of the Church.

Biographical reference:

Małgorzata Chmielarz – Doctoral Degree Candidate at the Faculty of History at the Adam Mickiewicz University Poznań.

Kazimierz Iłski – Professor of History, Dean of the Faculty of History of the Adam Mickiewicz University Poznań.

²⁵ Augustine, *Enarrationes in Psalmos* 5.3, [in:] *Augustine: Expositions on the Book of Psalms, Nicene and Post-Nicene Fathers*, trans. A.C. Cox, Masstricht 1995, p. 410.

²⁶ R.J. Dougherty, *op. cit.*, p. 484.

²⁷ Basil of Caesarea, *Homilia in illud dictum evangelii secundum Lucam: Destruam horrea mea, et majora edificabo: itemque de avaritia* 7, col. 276B-277A. Cf. also *Sermon to the Rich*, col. 277C-304C.

SUMMARY

Church Fathers on ownership

The study aims at an analysis on the concept of ownership in the selected Church Fathers' works. The authors focus on the work of Saint Jerome Saint Basil of Caesarea , Ambrose and Augustine, presenting the concept of ownership in the middle ages.

KEYWORDS: Church Fathers, ownership, middle ages

MACIEJ MATACZYŃSKI

What Did the European Community Founders Actually Mean by Saying That the Treaties Shall in No Way Prejudice the Rules in Member States Governing the System of Property Ownership? Analysis of Article 345 TFEU¹

I am grateful for yet another invitation to speak at a Polish-Russian conference in Obrycko. I would like to use this opportunity, in connection with the subject of the present conference – which is ownership – to discuss Article 345 of the Treaty on the Functioning of the European Union (Hereinafter: *TFEU* or *Treaty*). This is the sole provision referring to the subject of ownership in general terms (not intellectual property or immovable property) in the whole Treaty. Yet it is very ambiguous, and its ambiguity creates many normative puzzles and also enhances the picture of Community/Union law as lacking clear and precise reference to the private laws of its Member States.

1. General comments

The historical context of the adoption of Article 345 of TFEU is quite useful in understanding the role of this provision in the TFEU structure. The social and political environment in which EU law is currently applied has undergone significant changes in comparison to how the situation was in the middle of the 1950s. In particular, the currently prevailing opinion in Europe is that private ownership is superior in comparison to state (public) ownership. The public debate has shifted more to the issue of fund distribution, leaving the problems of the ownership of the means of production aside. In consequence, one may dare to offer the conclusion that the role set by the drafters of Article 83 of the ECSC Treaty was slightly different from the role this provision plays today. Given the judicial practice of the Court presented below, it seems that Article 345

¹ In preparing this article I have relied to the large extent on my previous publication: *Komentarz do artykułu 345* [in:] *Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, red. A. Wróbel, D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, t. III, Warszawa 2012, p. 1072–1082.

cannot be assigned any normative importance, as a certain type of treaty super-derogation. It is the Court's well-established opinion that this provision does not exempt public enterprises from the scope of the application of particular provisions of the Treaty (Article 34, 63, 102, 106, 110). Public and private entities, according to the Court of Justice of the European Union (Hereinafter: *the Court* or *ECJ*), are to be treated in an equal manner.

However, the thesis on the fundamental importance of this provision does not withstand the test of a review of the Court's judicial practice. In the majority of cases examined by the Court, parties relied on Article 345 rather in terms of a defensive argument, which was usually rejected anyway. This was the case, *inter alia*, in actions aiming to declare the Commission's decisions on competition law as invalid², actions concerning state aid³, actions aiming to repeal directives or regulations⁴ or in actions brought by the Commission on the grounds of Article 258⁵. Sometimes the Court does not refer to the charge of violation of Article 345 at all⁶.

However, Article 345 may play a certain normative role if a strictly linguistic interpretation is applied – as a provision leaving the exclusive competence to determine the area of ownership rights in the sense of private law regulations to particular member states, especially during the debate on the integration of private law, or, even more so, introduction of a European Civil Code.

2. Evolution

Article 345 is based directly on the text of Schumann's declaration. The relevant fragment from the speech by the French Minister of Foreign Affairs of 9 May 1950 reads: *The institution of the High Authority will in no way prejudge the methods of ownership of enterprises* (Fr. *L'institution de la Haute Autorité ne préjuge en rien du régime de propriété*

2 T-196/04 *Ryanair*, item 65.

3 C-457/00 *the Republic of Belgium vs. Commission*, item 44; C-66/02 *The Republic of Italy vs. Commission*, item 128; combined cases T-228/99 and T-233/99 *Westdeutsche Landesbank Girozentrale and Land Nordrhein-Westfalen vs. Commission*, item 194–198 and 234–274; C-482/99 *The Republic of France vs. Commission*, items 26 and 30 – in the last two cases the Court agreed with the reservations submitted by the plaintiffs and repealed the decisions; combined cases C-442/03 P and C-471/03 P *P&O European Ferries (Vizcaya) SA and Diputación Foral de Vizcaya vs. Commission*, items 20 and 30; the opinion of advocate general Tizzano of 9 February 2006 in combined cases C-442/03 P and C-471/03 *P&O European Ferries (Vizcaya) SA and Diputación Foral de Vizcaya vs. Commission*.

4 E.g. the directive restricting marketing activities for tobacco products, see C-491/01 *British American Tobacco*, items 143 and 146–148 or the regulation on a European cooperative, see the opinion of the Advocate General Stix-Hackl to C-436/03 *PE vs. Council*, items 69 and 70.

5 C-503/04 *Commission vs. Germany*, items 31 and 37.

6 C-97/98 *Peter Jägerskiöld vs. Torolf Gustafsson*, item 12.

des entreprises). A rule worded in a similar way was included in Article 83 of the ECSC Treaty (*The establishment of the Community shall in no way prejudice the system of ownership of the undertakings to which this treaty applies*). One should remember that, at the beginning of the 1950s, state owned companies in the coal and steel industries were as common as privately owned ones. For instance, France nationalised its coal industry shortly after the end of World War II. Equally, state-owned companies were in the majority in Italy. Article 83 of the ECSC Treaty was to legitimise this status⁷. As shown by the preparatory documents, this rule was supposed to be worded in the same way in the EEC Treaty. According to the version submitted to the committee drafting the Treaty, this provision was to be worded in the following way: *The institution of the High Authority will in no way prejudice the methods of ownership of the means of production in the Community* (Fr. *Le présent Traité ne préjuge en rien le régime de propriété des moyens de production existant dans la Communauté*). One may wonder whether the use of the Marxist category of *the means of production* in the draft, disregarding at the same time the specification of the form of ownership of enterprises, was not designed to solicit the support of socialist political movements in the parliaments of the states negotiating the treaty, as they were sceptical about the idea of European integration⁸. There are opinions in the literature that the purpose of Article 345 was to leave the freedom to nationalise certain sectors of the economy to member states⁹. Only in the final version of the treaty submitted to the Committee of the Delegation Leaders on 6 March 1957 did the reference to the ownership of enterprises (the means of production) disappear¹⁰. It has been indicated that this was due to a broadening in the scope of the regulations of the EC Treaty, which did not refer exclusively to enterprises¹¹.

As a result of the coming into force of TL, Article 345 was amended only slightly, i.e. the plural form was introduced (*The Treaties shall in no way prejudice* instead of *The Treaty shall in no way prejudice* used in the previous version), which is an extension of the effective power of the provision to the two treaties in force. The remaining part of the provision remained unchanged.

7 P. Herzog *et. al.*, *The Law of the European Economic Community. A Commentary on the EEC Treaty*, New York 1981, p. 6–167.

8 For more on the Marxist theory of ownership, v. M. Bednarek, *Przemiany własności w Polsce*, Warszawa 1994, p. 13, and, most importantly, K. Marx, *Kapitał*, Warszawa 1959, p. 368–369.

9 P. Herzog *et. al.*, *op. cit.*, p. 6–164.

10 S. Neri, H. Sperl, *Traité instituant la CEE, Travaux préparatoires*, Luxembourg 1960, p. 410.

11 *V.* the opinion of the advocate general Ruiz-Jarabo Colomer C-367/98 *Commission vs. the Republic of Portugal*; C-503/99, *Commission v. the Kingdom of Belgium* and C-483/99 the *Commission vs. the Republic of France*, items 45–51.

3. The nature of the provision

No direct effect. As shown by the judicial practice of the Court of Justice, Article 345 is usually relied on by member states, which treat this provision as a derogation from particular treaty norms (e.g. Article 63 or Article 102). Private entities rely on Article 345 only in exceptional cases (see the case T-362/04 *Mnin*). Assuming that the direct effect of European law norms means that they may be an independent source of rights and obligations for entities (natural and legal persons)¹², one should conclude that Article 345 does not have a direct effect. This is a consequence of the fact that Article 345 will never be applied independently. Its very nature determines its function as that of a meta-norm, outlining the limits of the applicability of EU norms. At the same time, we may come across a situation where an entity relies on Article 345 to prevent the application of EU norms to itself, beyond the scope reserved to the member states under Article 345. In this sense, Article 345 may be the source of the entity's right to request that an EU norm imposing obligations or restricting its rights is not applied to it. This situation though, may not be referred to as a direct effect of Article 345.

4. Systemic context

Article 345 is found in the seventh part of the TFEU (previously the sixth part of the TEC) entitled *General and final provisions*. In his opinion, the Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer points out that both the placement of the provision (in a footnote the advocate clearly speaks of – wording it in an arithmetical manner – exclusion before the brackets) and its unconditional tone (expressed by using ‘in no way’) determine its basic significance¹³.

In the literature it is assumed that the rules regarding ownership rights in the scope covered by the Treaty should be construed as all significant elements of ownership-related rights in the constitutional sense. Therefore, they include both provisions governing private ownership, expropriation or other forms of the socialisation of assets, and provisions setting limits for the use of ownership. Nationalisation, as a rule, is treated as an internal issue for every state. However, any nationalisation which would undermine the very foundations of the market economy in a specific state is considered inadmissible¹⁴.

12 S. Biernat, J. Barcz *et. al.*, *Prawo Unii Europejskiej. Zagadnienia systemowe*, Warszawa 2002, p. 242.

13 The opinion of the Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer of 3 July 2001 to the case C-367/98 *Commission vs. the Republic of Portugal*; C-503/99 *Commission vs. the Kingdom of Belgium* and C-483/99 the *Commission vs. the Republic of France*, item 45 et seq.

14 B. Kordasiewicz, M. Bednarek, *Polskie prawo obrotu gruntami na tle standardów europejskich i postanowień wiążących Polskę umów międzynarodowych (raport końcowy)*, Studia Prawnicze vol.

It is claimed that due to the exceptionally vast scope of the application of this provision, its linguistic interpretation is not sufficient: the concept of *ownership* is used here not only in a legal, but, above all, in an economic context¹⁵.

5. The application of Article 345 to special objects of ownership rights

5.1 Intellectual Property

The authors of Article 345 probably intended to ensure the neutrality of EU law with respect to forms of ownership, especially as far as enterprises are concerned. Meanwhile, this provision has played an important role in the dispute concerning the scope of the execution of exclusive rights under patents, trademarks and other intangible assets. An example of the application of this provision in this context is the case 24/67 *Parke, Davis & Co. p. Pröbel et al.*, concerning a Dutch patent for the production of an antibiotic called Chloramphenicol, owned by an American company, Parke, Davis & Co. Due to the lack of patent protection for pharmaceuticals in Italy in 1960s, Pröbel manufactured and marketed Chloramphenicol in this country without Parke, Davis & Co.'s consent. In collaboration with other companies, it also attempted to sell the medicine produced in Italy in the Netherlands, also without Parke, Davis & Co.'s consent. The latter company submitted a claim requesting that the violation of its exclusive rights be discontinued, while Pröbel defended itself by claiming that the actions of the patent owner violate the freedom of movement of goods and form an abuse of the entity's dominant position. The Court – taking into account the nature of the ownership right under the ex Article 295 and current Article 345, including exclusive rights under patent (and this is the provision the advocate general Römer explicitly referred to) – found that the entity entitled to rights under the patent could exercise its rights in order to object to the import of protected goods from another state where such patent protection was unavailable and that such an action does not violate the freedom of movements of goods or an abuse of the dominant position in the meaning of Article 102¹⁶. The ex Article 295 and current Article 345 were also relied on in many other cases, e.g. 78/70 *Deutsche Grammophon vs. Metro-SB-Grossmarkt* or 15/74 and 16/74 *Centrafarm BV et al. vs. Sterling Drug Inc.* (in reference to compulsory licenses, see C-235/89 *Commission vs. The Republic of Italy*; C-30/90 *Commission vs. the United Kingdom*). In these cases we can observe a certain shift of focus. Namely, the Court found that the ex Article 295 and the current Arti-

1, 1996, p. 245; P. Herzog *et al.*, *op. cit.*, p. 6–174.

15 J. Thiesing, H. Groeben, J. Thiesing, C.-D. Ehlermann *et al.*, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Baden-Baden 1983, notes to Article 222.

16 L. Giliciński, *Wykonywanie praw własności intelektualnej w prawie Wspólnoty Europejskiej*, Warszawa 1997, p. 36.

cle 345 cannot be construed as granting the local legislator the competence to adopt legal measures which could violate the free flow of goods in the common market in the way stipulated by the Treaty in reference to industrial property. The ECJ adjudicated likewise in the case C-350/92 *Spain vs. the Council*¹⁷ To sum up, given the currently binding law, the Court assumes that Article 345 does not exempt the issue of exercising exclusive rights in the area of intellectual property from the scope of application of EU law.

5.2 Mandatory re-organisation of state monopolies (relationship between Article 345 and Article 37)

Article 37 obliges the member states to reorganise their state monopolies, in order to ensure that there is no discrimination between the citizens of member states with respect to the procurement and marketing of goods (see the commentary on Article 37). The relationship between the ex Article 295, currently Article 345 and ex Article 31, currently Article 37, was commented on by the Advocate General Léger in his opinion. It is his belief that Article 37 in conjunction with Article 345 cannot be interpreted as an obligation, introduced by the Treaty, to liquidate entities holding exclusive rights. Nevertheless, the obligation to adjust state monopolies operating in the area of trade in a way which ensures a lack of discrimination between the citizens of members states with respect to the procurement and marketing of goods, which results from Article 37, may lead to the order of waiving certain exclusive rights. Examples from the Court's judicial practice include the exclusive import or export rights to particular goods¹⁸. In the case C-438/02, the Court found the state monopoly of certain entities for the retail trade in pharmaceuticals in Sweden incompliant with Article 37.

5.3 Golden shares (relationship between Article 345 and Article 63)

On 4th June, 2002, and 13th May, 2003, the ECJ issued five judgements in cases instituted on the basis of actions brought by the Commission vs. the *Republic of Portugal* (C-367/98), *the Kingdom of Belgium* (C-503/99), *the Republic of France* (C-483/99), *the Kingdom of Spain* (C-463/00) and *the United Kingdom* (C-98/01) All of them pertained to the issue of golden shares. Despite having conducted privatisation processes, many European states retained control of the companies created as a result of the privatisation of state enterprises. At the end of the 1990s, the Commission decided to institute proceedings against some member states, putting forward a charge that the scope of the rights such states enjoy in companies created as a result of the privatisation of state enterprises violates the rule of the free flow of capital. The factual circumstances in all five cases boiled down to the following issue: the internal laws granted special compe-

¹⁷ In reference to the prohibition of discrimination *v.* C-92/92 and C-326/92 *Phil Collins*.

¹⁸ *V.* the opinion of the advocate general Léger to the case C-438/02 *Åklagaren vs. Krister Tanner*, item 41.

tences within the privatised enterprises to public authorities. Such competences usually involved the right to veto selected decisions made by the company authorities or the retained right to appoint a specified number of members of the company authorities. According to the Commission, maintaining such rights hinders investments in privatised enterprises, thereby discouraging investors from other member states from investing their funds, and, in consequence, makes the free flow of capital illusory. In their defences, the member states pointed out that the restrictions of freedoms which could result from adopting the disputed provisions were justified by the necessity of ensuring public safety and the over-riding requirements of public interest, stipulated by Article 65(1), which involve, *inter alia*, ensuring uninterrupted supplies of energy. According to such states, the measures which had been adopted were proportional and sufficient to attain the intended objective. Moreover, the states relied on the rule of neutrality with respect to the ownership system in the member states, stipulated by ex Article 295 and current Article 345¹⁹. The Advocate General, Ruis-Jarabo Colomer, agreed with this argumentation in his opinions for the cases *Commission vs. the Republic of Portugal* (C-367/98), *the Kingdom of Belgium* (C-503/99), *the Republic of France* (C-483/99), *the Kingdom of Spain* (C-463/00) and *the United Kingdom* (C-98/01). The Advocate General pointed out that the regulation of ex Article 295 and current 345 ensures the neutrality of EU law with respect to the ownership of enterprises construed in the economic sense as the means of production. He found that the *golden share* rules in force in such member states should be considered compliant with community law, specifically on the grounds of ex Article 296 and current Article 345. Since, if a member state may, in compliance with the Treaty, decide to privatise state enterprises, one should assume – by consistent application of the rule *who may do more may also do less* – that the state may also equip its administration bodies with special competences concerning a privatised enterprise²⁰.

In all five cases the Court found that the provisions of the member states challenged by the Commission constituted restrictions to the freedom of capital flow since they hindered its execution, thereby discouraging investors from other member states from investing their funds and making the freedom of capital flow illusory. According to the ECJ, there is no doubt that the goal of the provisions challenged in the aforementioned cases, i.e. securing the supply of energy in case of a crisis, should be classified as a goal justified by the public interest. However, the Court emphasised that the requirements of the public interest, being an exception to the fundamental rule of the freedom of capital flows, must be interpreted in a strict manner so that their scope could not be determined unilaterally by a member state without any control on the part of the community insti-

19 C-465/00 *Commission vs. the Kingdom of Spain*, item 41.

20 The opinion of the advocate general Ruiz-Jarabo Colomer to cases C-367/98 *Commission vs. the Republic of Portugal*; C-503/99, *Commission v. the Kingdom of Belgium* and C-483/99 the *Commission vs. the Republic of France*, item 45.

tutions. Public interest requirements may be relied on only if an actual and sufficiently serious threat to a basic social interest is at stake. Consequently, in the Court's opinion, it was necessary to examine whether the measures adopted by a member state allow for ensuring the minimum supplies of energy in the case of an actual and serious threat and whether they do not go beyond what is necessary to attain this goal. As a result of the analysis performed, the Court found that only the Belgian provisions correspond to these requirements.

As far as the argumentation based on the neutrality of the Treaty with respect to forms of ownership is concerned, member states are not allowed – in the Court's opinion – to rely on the rules concerning ownership rights which are in force in member states in order to justify hindrances in exercising the freedoms guaranteed by the Treaty, caused by granting excessive privileges to the state as a shareholder of privatised enterprises²¹.

5.4 Real estate (relationship between Article 345 and Article 63)

In the case 182/83 *Fearon vs. Irish Land Commission*, the Court found that despite the fact that pursuant to ex Article 296, currently Article 345, the rules of law governing ownership rights have been reserved to the exclusive competence of member states, this provision does not exempt such rights from the effective scope of the basic Treaty rules²². This thesis was reiterated in the case C-302/97 *Klaus Konle vs. the Republic of Austria*. The reference for a preliminary ruling submitted by the Austrian court referred to the scope of restrictions applicable to real estate transactions admissible under ex Article 56, currently Article 63 of the Treaty. Pursuant to Article 9(1a) and Article 12(1) of the Austrian act on the transfer of land in Tyrol of 1996, a buyer of real estate located in Tyrol must obtain a relevant permit. The permit is granted on condition of proving that the purchased real estate will not be used as a so-called secondary residence²³. This restriction was a consequence of the Austrian government's policy aimed at ensuring that Tyrol would be inhabited by a stable population running businesses in other sectors, independent from tourism. Klaus Konle, a citizen of Germany, bought a plot in Tyrol and intended to move there, but a competent administrative authority refused to grant him a permit. Konle appealed to a higher authority and, as a consequence of subsequent proceedings, the

21 C-483/99 *Commission vs. the Republic of France*, item 44; C-503/99 *Commission vs. the Kingdom of Belgium*, item 44; C-463/00 *Commission vs. the Kingdom of Spain*, item 41; likewise C-174/04 *Commission vs. the Republic of Italy*; the opinion of Advocate General Kokott to C-174/04 *Commission vs. the Republic of Italy*, item 24 and 47; C-326/07 *Commission vs. the Republic of Italy*; the opinion of Advocate General Colomer to C-326/07 *Commission vs. the Republic of Italy*, item 6 and 35–42. From more recent cases: the judgement issued in the case C-171/08 *Commission vs. the Republic of Portugal* and the judgement issued in the case C-543/08 *Commission vs. the Republic of Portugal*.

22 182/83 *Fearon vs. Irish Land Commission*, item 7.

23 C-302/97 *Klaus Konle vs. the Republic of Austria*, item 11.

Regional Civil Court (*Landesgericht*) in Vienna referred to the Court for the preliminary ruling. In its judgement the Court found that despite the fact that pursuant to ex Article 295, currently Article 345, the rules governing ownership rights have been reserved to the exclusive competence of the member states, this provision does not exempt such rights from the effective scope of the basic Treaty rules. Thereby the Tribunal presented its position in response to the stance of the governments of Greece and Austria, willing to exempt the issue of granting permits for the acquisition of real estate by administrative authorities of particular member states from the jurisdiction of the Court (items 37 and 38). The Tribunal found that the Austrian act violates the freedom of capital movement. A similar position was presented in the combined cases C-515/99, C-519/99 to C-524/99 and C-26/99 to C-540/99 *Reisch et al* (items 28–31) and C-300/01 *Salzmann* (item 39); C-213/04 *Ewald Burtscher* and C-452/01 *Ospelt* (item 24).

In the case 309/96 *Annibaldi vs. Sindaco del Comune di Guidonia and Presidente Regione Lazio*, the Court examined Italian provisions introducing restrictions of ownership rights due to the establishment of a landscape and archaeological park. It found that these issues, in view of Article 345, are reserved to the competence of member states due to the lack of detailed provisions of the community law on expropriation, and taking account of the fact that the provisions establishing common organization of agricultural markets do not govern the issues of agricultural property ownership (item 23).

5.5 The abuse of a dominant position (relationship between Article 345 and Article 102)

The case 41/83 *Republic of Italy vs. Commission* referred to the Commission's decision declaring that the British state telecom company had abused its dominant position. The plaintiff claimed that ex Article 295, currently Article 345, allows for the establishment of state monopolies, thereby exempting them from the application of ex Article 82, current Article 102. Moreover, relying on ex Article 295, currently Article 345, Italy found that the operation of a public enterprise cannot be examined from the perspective of ex Article 82, currently Article 102 (items 13 and 21). The Tribunal dismissed the case, since it did not consider the activity the case pertained to as a state monopoly. However, one should note that in the grounds to the judgement, the Tribunal did not reject *expressis verbis* the opinion presented by Italy as to the relationship between Article 345 and Article 102.

In the case C-163/99 *Republic of Portugal vs. the Commission*, while examining the action submitted by Portugal against the decision of the Commission prohibiting certain methods of setting airport charges by the company managing airports as incompatible with ex Article 82, currently Article 201 and ex Article 86(1), currently Article 106(1), the Court explicitly found that Article 102, referring to the abuse of a dominant position, is applicable to all entrepreneurs enjoying a dominant position, regardless of

whether they are privately or state-owned. Therefore, Article 345 does not preclude the application of Article 102 in relation to public enterprises (in this respect see also e.g. C-92/92 and C-326/92 *Phil Collins*). As far as more recent opinions are concerned, see the opinion of the Advocate General Mazák on the case C-52/09 *Konkurrensverket vs. TeilaSonera AB* (item 27).

5.6 Enterprises enjoying special or exclusive rights (relationship between Article 345 and Article 106)

The Advocate General Rieschl, in his opinion referring to the combined cases 188/80–190/80 *the Republic of France, the Republic of Italy and the United Kingdom vs. Commission*, found that ex Article 295, currently Article 345, imposes restrictions on the Commission's rights under ex Article 86(1), currently Article 106(3) to exercise influence on the internal structure of public enterprises. He also found that the freedom of public authorities to partake in business cannot be restricted to a broader extent than stipulated by the Treaty.

What is more, the Advocate General Tesauro in his opinion on the case C-202/88 *the Republic of France vs. Commission* also found that the direct relationship between currently binding provisions of Article 345 and 106 shows that there is at least a strong presumption that the existence of state enterprises and holders of exclusive rights is compliant with EU law.

5.7 State aid

In the case C-305/89 *the Republic of Italy vs. Commission* on state aid involving financial support for the automotive sector, the plaintiff claimed that the classification of support as state aid on the sole basis of the fact that public funds are involved is a violation of ex Article 295, currently Article 345 (item 17). The Court did not agree with this opinion and found that the Commission had correctly applied the Treaty, treating private and public enterprise owners alike (item 24).

In the combined cases C-83/01, C-93/01 and C-94/01 *Chronopost S.A., La Poste and the Republic of France vs. Ufès et al.*, the Court found that the requirement of the arm's length remuneration payable to a monopolist state enterprise in exchange for services provided to its subsidiary does not prevent such an enterprise from accessing the market. This obligation results only in submitting such an enterprise to the rules of competition and does not violate the system of state ownership of enterprises – it only ensures that the state and public entities are treated alike.

In the case T-114/00 *Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum eV vs. Commission* the Court found that the German provisions governing the transfer of farmland and forested land in the area of the former German Democratic Republic are subject to assessment from the perspective of their compliance with the Treaty regulations on state aid,

and, consequently, one cannot effectively rely on the exclusive competence of a member state under Article 345 in this respect (items 29 and 62).

6. European Union sanctions (relationship between Article 345 and Article 215)

In the case T-362/04 *Mnin* the Court referred to the charge that the freezing of assets under regulation 872/2004 on further restrictive measures applicable to Liberia, adopted under Article 75 in conjunction with Article 215 (ex Article 60 in conjunction with Article 301 TEC), violates ownership rights, including the violation of ex Article 295, currently Article 345 (item 77). The Court found that even if a specific legal measure violates ownership rights, it is not precluded under Article 345, provided that other provisions of the Treaty explicitly grant the Community (currently – the Union) the competence to perform such actions. In this case, the Court relied on Article 75 in conjunction with Article 215, used as a basis for issuing the above-mentioned regulation²⁴.

7. Summary

The title of this article was: What did the European Community Founders actually mean by saying that the Treaties shall in no way prejudice the rules in Member States governing the system of property ownership? I hope that my brief historical analysis will convince readers that their intention was to persuade the polities of Member States to be that European integration does not equate to nationalization of their industry. Therefore, it was initially intended more as a political declaration, rather than a regulatory provision. But articles in legal texts have a life of their own, and especially such a meaningful provision in such an important text as the Treaty. I intended to show that in contemporary readings, Article 345 is raised mainly as a Member State's defense against (perceived) overreaching of Union bodies or Union law. Mostly a failed defense, it has to be said. So maybe the understanding of this Article in fact did not wander far from its original destination. It was conceived as a safeguard for a Member State's autonomy (with respect to ownership of enterprises) and continues to be used that way, albeit with limited success.

²⁴ T-306/01 *Yusuf, item 299* and C-415/05 *Kadi and Al Bakarat International Foundation vs. the Council and Commission*.

Biographical reference:

Maciej Mataczyński - is an Adam Mickiewicz University professor of law and advocate specializing in EU law, company & capital markets law and private international law. Educated in Poznan, The Hague and Harvard. His recent publications include a monograph on major stockholders' obligations and a series of articles on law applicable to companies. He lives in Poznan.

SUMMARY

What did the European Community founders actually mean by saying that the treaties shall in no way prejudice the rules in member states governing the system of property ownership?

The study aims at an analysis of the Article 345 of the Treaty on the Functioning of the European Union. The author presents the relation between European Union law and the member state law regulating property ownership. The author makes an attempt to answer what did the European Community founders actually mean by saying that the treaties shall in no way prejudice the rules in member states governing the system of property ownership.

KEYWORDS: property ownership, TFUE, European Union law, civil law

МАРИНА МИТЮКОВА

Некоторые вопросы ограничения права собственности при расследовании преступлений

По мере становления и развития права, именно право и свойственные ему методы защиты стали с провозглашением святости, неприкосновенности собственности приоритетными элементами основы существования и развития права собственности. Защита права собственности в контексте ее неприкосновенности, святости ныне является одним из основных элементов статуса собственника.

1. Важнейшим объектом собственности выступает жилище. Статья 25 Конституции Российской Федерации от 12.12.1993¹ предусматривает:

Жилище неприкосновенно. Никто не вправе проникать в жилище против воли проживающих в нем лиц иначе как в случаях, установленных федеральным законом, или на основании судебного решения.

Право на неприкосновенность жилища означает, что никто не может без законного основания войти в жилище против воли проживающих в нем лиц. Каждый человек имеет право на свой образ жизни, обособление, уединение в занимаемом им и его близкими помещении. Из положений ст. 12 Всеобщей декларации прав человека (принята Генеральной Ассамблеей ООН 10.12.1948)² и ст. 17 Международного Пакта от 16.12.1966 О гражданских и политических правах³, ст. 8 Конвенции о защите прав человека и основных свобод (заключена в г. Риме 04.11.1950)⁴, а также ст. 25 Конституции РФ следует, что никто не может подвергаться произвольным или незаконным посягательствам на неприкосновенность его жилища.

1 СЗ РФ - Собрание законодательства Российской Федерации. 2009 № 4, Ст. 445.

2 Рос. газета. 1998-12-10.

3 БВС РФ - Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1994 № 12.

4 СЗ РФ. 2001 № 2, Ст. 163.

Уголовное судопроизводство является сферой широкого и интенсивного применения мер государственного принуждения, без которого во многих случаях невозможно эффективное осуществление производства по уголовному делу. Вследствие этого, закрепленное в ст. 25 Конституции РФ право на неприкосновенность жилища также может быть ограничено в ходе уголовного судопроизводства. Однако обязательным условием правомерности ограничения данного права в уголовном судопроизводстве является наличие на то достаточных фактических и процессуальных оснований.

Официальная статистика свидетельствует, что доля преступлений, совершаемых в жилище, весьма значительна. Так, по данным МВД РФ – Министерство внутренних дел Российской Федерации, 42,5% зарегистрированных преступлений составляют хищения чужого имущества. Почти каждая третья кража (32,3%), каждое одиннадцатое разбойное нападение (8,8%) и каждый двадцать четвертый грабеж (4,2%) были совершены в жилище. В связи с этим в процессе расследования преступлений достаточно часто возникает необходимость производства следственных действий в жилище.

Уголовно-процессуальное право устанавливает перечень субъектов применения норм о законных отступлениях от конституционного принципа неприкосновенности жилища (и соответственно ограничения прав собственника жилища) и следственных действиях, при осуществлении которых возникает необходимость использования указанного права. В соответствии со ст. 29 Уголовно-процессуального кодекса РФ от 18.12.2001 (далее по тексту – УПК РФ)⁵ следующие следственные действия производятся в жилище на основании судебного решения: осмотр жилища при отсутствии согласия проживающих в нем лиц (ч. 5 ст. 177 УПК РФ), обыск и выемка в жилище (ч. 3 ст. 182, ч. 2 ст. 183 УПК РФ).

2. Осмотр жилища – следственное действие, производимое в целях обнаружения следов преступления и иных уголовно-релевантных следов, других предметов, документов и веществ, выяснения обстановки происшествия, а равно иных обстоятельств, имеющих значение для уголовного судопроизводства. В уголовно-процессуальном законодательстве используется широкое понятие термина жилище, что обеспечивает неприкосновенность жилища не только его собственника, но и лиц, проживающих в нем на других законных основаниях.

УПК РФ в п. 10 ст. 5 дал следующее определение жилища:

Жилище – индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и используемое для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но используемое для временного проживания.

5 СЗ РФ. 2001 № 52 (ч. 1), Ст. 4921.

Как справедливо замечают некоторые авторы, из данного определения следует, что теперь любое помещение, не входящее в жилищный фонд и не предназначенное для жилья (например, гараж, подвал и т.п.), но используемое лицами без определенного места жительства для временного проживания, УПК РФ признает жильем, и в соответствии со ст. 12, ч. 2 ст. 164 УПК РФ невозможно произвести там осмотр без согласия всех проживающих в нем лиц или на основании предварительно полученного судебного решения.

Следует отметить, что существует и другое законодательное определение понятия *жилище*, данное в примечании к ст. 139 Уголовного кодекса РФ от 13.06.1996 (далее по тексту – УК РФ)⁶:

Жилище – индивидуальный жилой дом с входящими в него жилыми и нежилыми помещениями, жилое помещение независимо от формы собственности, входящее в жилищный фонд и пригодное для постоянного или временного проживания, а равно иное помещение или строение, не входящее в жилищный фонд, но предназначенное для временного проживания.

Представляется, что определение жилища, данное в УК РФ, является более удачным и с ним должно быть приведено в соответствие процессуальное определение рассматриваемого понятия.

Осмотр жилища производится только с согласия проживающих в нем лиц или на основании судебного решения. Если проживающие в жилище лица возражают против осмотра, то следователь с согласия руководителя следственного органа, а дознаватель с согласия прокурора возбуждают ходатайство перед судом о производстве такого осмотра (ч.5 ст.177 УПК РФ). Таким образом, судебное решение является важнейшей гарантией законного ограничения права собственника и иных, проживающих на законных основаниях лиц на неприкосновенность жилища.

Немало вопросов у практических работников вызывает формулировка о необходимости получения согласия на осмотр жилища *проживающих в нем лиц*. Законодатель не раскрывает сущности данного понятия. Поэтому многие комментаторы Конституции РФ отмечают, что только лица, наделенные правом владения и пользования, а также правом собственности на занимаемое жилое помещение, будь то место жительства или место пребывания, что подтверждается правоустанавливающими документами (договор аренды, найма, субаренды, поднайма, свидетельство о праве собственности и т.п.), обладают основным правом на неприкосновенность жилища.

Вместе с тем неясно, как должен поступить следователь, если лица постоянно или временно проживающие в жилище отсутствуют? Действия следователя в подобных

6 СЗ РФ. 1996 № 25, Ст. 2954.

ситуациях закон не регламентирует. Невозможно же доставить этих лиц приводом. Закон не запрещает производство осмотра жилища в отсутствие проживающих в нем лиц. Но каким образом следователь может попасть в жилище? При этом в законе не содержится требование приглашения посторонних граждан (кроме понятых). В литературе высказана точка зрения, что:

при наличии оснований для производства осмотра места происшествия в жилище, допускается принудительное вхождение в жилище, в том числе с применением физической силы и вскрытием закрытых дверей. В таких случаях необходимо пригласить представителей жилищно-эксплуатационной организации. Вскрытие иных хранилищ в осматриваемом жилище в рамках процедуры осмотра не допускается⁷.

А если осматриваемое жилище находится в собственности? Как следователю осуществлять принудительное вхождение в жилище, если собственники жилья отсутствуют, и никто не присматривает за домом (например, это дачный дом в сельской местности, а собственник постоянно проживает в отдаленном месте?). Поскольку вопрос законодателем не урегулирован, представляется, что в подобных ситуациях для участия в следственном действии необходимо пригласить представителей органов местного самоуправления, что будет выступать дополнительной гарантией соблюдения прав собственника жилища.

Следует отметить, что в УПК РФ не указано, каким образом необходимо оформлять согласие на осмотр жилища лиц, проживающих в нем. Понятно, что согласие собственника (иного проживающего лица) должно быть письменно зафиксировано перед началом осмотра. Поэтому существует мнение, которое поддерживает часть опрошенных следователей о том, что такое согласие должно фиксироваться в протоколе данного следственного действия. Другая часть опрошенных следователей полученное согласие на осмотр жилища оформляют отдельным заявлением и удостоверяют своей подписью и подписями приглашенных понятых.

При применении данной нормы может возникнуть ситуация, когда жилище принадлежит в долях разным собственникам, и кто-то один выражает несогласие с производством осмотра или отсутствует дома и не может письменно выразить свое мнение. При таких обстоятельствах принципу неприкосновенности жилища соответствует требование о необходимости получения судебного решения, за исключением случаев, не терпящих отлагательства.

Возможна другая ситуация, когда собственник (или лицо, проживающее в жилище на других законных основаниях) дал согласие на производство осмотра, но во время

⁷ Е.Ю. Алонцева, *Полномочия следователя по производству следственных действий, выполняемых с разрешения суда*, Москва 2008, С. 89.

осмотра заявил о своем несогласии с дальнейшим производством и окончанием осмотра. Как справедливо замечает Н. Лопаткина, в данном случае дальнейшее производство осмотра будет являться нарушением конституционных прав собственника на неприкосновенность жилища, поэтому следует обратиться в суд за соответствующим решением, если ситуация не относится к случаям не терпящим отлагательства⁸.

На практике нередко возникает необходимость проведения осмотра места происшествия в жилище. В данной ситуации у следователей возникает ряд вопросов: следует ли получать судебное решение на осмотр места происшествия в жилище в случае отсутствия согласия проживающих в нем лиц, либо руководствоваться нормами, регламентирующими общий порядок осмотра места происшествия? Как быть, если, например, убийство либо причинение тяжкого вреда здоровью произошло в квартире, собственник которой, по сути, является основным подозреваемым и, конечно же, возражает против вторжения в жилище и производства следственных действий? Можно ли производить осмотр жилища, являющегося местом происшествия, до возбуждения уголовного дела? УПК РФ ответ на данные вопросы не дает. Опрос следователей показал, что применительно к данной ситуации в разных регионах, учитывая конкретные обстоятельства, поступают по-разному. В одних регионах следователи до начала осмотра места происшествия в жилище возбуждают перед судом ходатайство о даче разрешения на осмотр. В других регионах – на месте выносят постановление об осмотре жилища без согласия проживающих в нем лиц, мотивируя осмотр как исключительный случай, не терпящий отлагательства. В третьих – производят осмотр жилища по правилам осмотра места происшествия. Во всех случаях протоколы таких осмотров места происшествия или жилища не были признаны недопустимыми доказательствами по данному основанию.

Полагаем, что в целях единообразного понимания и применения закона на всей территории России, а также в целях надлежащей защиты прав собственника жилья по данному вопросу в УПК РФ следует внести дополнения. Причем на страницах юридических изданий законодателью предлагаются различные варианты решения рассматриваемой проблемы. Первый вариант – дать законодательное определение места происшествия, указав в нем и жилище. Например,

место происшествия – это участок местности, помещение или жилище, где обнаружены признаки либо следы преступления, иные уголовно-релевантные следы, а равно другие обстоятельства, свидетельствующие о совершении преступления⁹.

8 Н. Лопаткина, *Реализация принципа неприкосновенности жилища в уголовном судопроизводстве*, Рос. юстиция 11/2002, С. 51.

9 Е.М. Варпаховская, *Производство следственных действий в российском уголовном судопроизводстве: правовое регулирование и вопросы применения*, Иркутск 2006, С. 39.

В данном случае не будет необходимости решать вопрос о получении согласия лиц, проживающих в данном жилище, которые могут являться и лицами, совершившими преступления. Некоторые авторы настаивают на том, что осмотр места происшествия в жилище нельзя ставить в зависимость от волеизъявления лица (в том числе и собственника жилища), совершившего преступление в жилище¹⁰. Такой вариант решения проблемы желательным считают большинство опрошенных следователей. Близким по способу решения является предложение некоторых авторов о внесении изменений в ч. 5 ст. 177 УПК РФ и изложения ее в следующей редакции: *Осмотр жилища (за исключением места происшествия) производится только с согласия проживающих в нем лиц или на основании судебного решения (...)*¹¹.

Среди опрошенных практических работников имеет место и такой вариант решения рассматриваемой проблемы. Учитывая, что неприкосновенность жилища гарантирована нормами международного права, Конституцией РФ, она должна соблюдаться и субъектами уголовного преследования. Поэтому следует сохранить правила осмотра жилища, в том числе и при осмотре в нем места происшествия. Однако при этом в ч. 5 ст. 177 УПК РФ следует внести изменение о том, что если проживающие в жилище лица возражают против осмотра, то следователь возбуждает перед судом ходатайство о производстве осмотра в соответствии со ст. 165 УПК РФ, в том числе до возбуждения уголовного дела. Возможно такое решение проблемы позволит следователю на законном основании провести данное следственное действие, не нарушив прав лиц, проживающих в жилище. Однако, как быть в случаях, не терпящих отлагательства? До тех пор, пока в УПК РФ не будут внесены изменения, касающиеся уточнения осмотра места происшествия в жилище, полагаем, что при осмотре места происшествия в жилище в соответствии с принципом неприкосновенности жилища, следует испрашивать согласие проживающих и находящихся в необходимый момент в жилище лиц. В случае отказа в даче такого согласия, но необходимости производства осмотра в связи с его неотложностью, следует руководствоваться требованиями ч. 5 ст. 165 УПК РФ. Для этого, первоначально, на месте происшествия решить вопрос о возбуждении уголовного дела, далее вынести постановление о необходимости осмотра жилища без судебного решения и произвести соответствующий осмотр, уведомив судью и прокурора. Когда уголовное дело возбуждено, перед началом осмотра следователь предъявляет соответствующее постановление суда. При вхождении в жилище следователь объявляет присутствующим, какое следственное действие будет производиться, и в чем состоит его цель.

10 В.Н. Исаенко, *Обеспечение допустимости доказательств, полученных в результате проведения следственных действий*, Москва 2004, С. 21.

11 В. Белоусов, *Осмотр места происшествия в жилище и осмотр жилища*, Уголовное право 3/2005, С. 72.

В исключительных случаях, не терпящих отлагательства, осмотр жилища может быть произведен на основании постановления следователя без получения судебного решения (ч. 5 ст. 165 УПК РФ). В этом случае, в течение 24 часов следователь уведомляет об этом прокурора и судью в письменной форме. К уведомлению прилагаются копия постановления и копия протокола осмотра жилища для проверки законности решения. В срок не позднее 24 часов с момента получения уведомления судья в судебном заседании устанавливает наличие или отсутствие юридических и фактических оснований для производства следственного действия, ограничивающего конституционные права и свободы личности, и проверяет законность произведенного следственного действия. На наш взгляд, в ст. 165 УПК РФ необходимо внести дополнение, касающееся обязательного участия следователя в данном судебном заседании. В судебном заседании должны быть заслушаны доводы следователя, подтверждающие исключительность случая и причины, по которым не представилось возможным получить разрешение суда. В случае если судья признает проведение осмотра незаконным, все доказательства, полученные в ходе его производства, признаются недопустимыми и не могут быть положены в основу обвинения (ч. 5 ст. 165 УПК РФ). В данном судебном заседании вправе принимать участие защитник обвиняемого (подозреваемого) и лицо, неприкосновенность жилища которого была ограничена.

3. Обыск представляет собой следственное действие, направленное на отыскание и изъятие орудий преступления, предметов, документов, и ценностей, которые могут иметь значение для уголовного дела, для обнаружения разыскиваемых лиц и трупов (ч. 1 ст. 182 УПК РФ). Характерными чертами обыска являются его поисковый характер и принудительность. Поскольку обыск существенно ограничивает права собственника на неприкосновенность жилища, сопровождается, как правило, изъятием различных объектов. В жилище он может быть проведен только на основании судебного решения, за исключением случаев, не терпящих отлагательства, при которых судебный контроль законности действий следователя действует после их совершения. При принятии решения о производстве обыска в жилище судья должен тщательно изучить фактические основания его производства, которые могут быть установлены как имеющимися доказательствами в уголовном деле, так и данными оперативно-розыскного характера.

Перед началом обыска следователь предъявляет решение суда, разрешающее его производство, а в случаях, не терпящих отлагательства, следователь производит следственное действие на основании своего постановления. К ситуациям, не терпящим отлагательства, например, относятся случаи, когда фактические основания к производству обыска появились внезапно, при производстве других следственных действий; поступили сведения о том, что лицо, владеющее имеющими значение для уголовного дела объектами, принимает меры к их уничтожению или сокрытию; обыск необходим

для пресечения дальнейшей преступной деятельности; обнаружения и задержания преступника и др.

Обыск проводится у обвиняемых и подозреваемых, но закон не запрещает проводить обыск и у иных лиц, если имеются основания полагать, что у них могут находиться орудия преступления, предметы, документы и ценности, имеющие значение для дела (ч. 1 ст. 182 УПК РФ). Важной гарантией соблюдения прав собственника выступает положение закона о присутствии лица, у которого производится обыск, либо совершеннолетних членов его семьи. Буквальное толкование ч. 11 ст. 182 УПК РФ говорит о том, что в отсутствие проживающих в жилище лиц вхождение в него с целью обыска недопустимо. Однако многие авторы утверждают, что:

данная норма неэффективна, поскольку фактически ставит производство обыска в зависимость от лиц, не заинтересованных в его проведении. Доставка их для целей производства обыска выходит за рамки закона¹².

В то же время права собственников жилья существенно ограничиваются – анализ практики показывает, что зачастую, если собственник жилья задержан по подозрению в совершении преступления, и возникла необходимость производства обыска, следователи не доставляют подозреваемых, а предпочитают проводить обыск в их отсутствие, хотя подозреваемый находится в органах внутренних дел. Указанное нарушение закона в достаточно редких случаях влечет признание обыска и его результатов незаконными.

Так, Президиум Верховного Суда РФ отменил приговор и кассационное определение в отношении П., обвиняемого по ч. 1 ст. 222 УК РФ - Уголовный кодекс Российской Федерации, и прекратил производство по уголовному делу за отсутствием в действиях состава преступления в связи с тем, что при обыске не было обеспечено присутствие лица, у которого производился обыск либо совершеннолетних членов его семьи. Из протокола обыска усматривалось, что он был начат в доме П., но проводился в его отсутствие, П. в это время находился в помещении органа внутренних дел, был задержан. При таких обстоятельствах органы предварительного следствия имели реальную возможность обеспечить участие П. в проведении данного следственного действия, однако не сделали этого¹³.

Как быть в ситуациях, когда подозреваемый, обвиняемый проживает один и заключен под стражу по решению суда? Вряд ли его доставят для участия в обыске. Но, во-первых, его право на добровольную выдачу имущества, имеющего значение для уголовного дела, может быть реализовано в ходе допроса – он может назвать места хранения данного имущества. Во-вторых, УПК РСФСР - Уголовно-процессуальный

12 Е.Ю. Алонцева, *Полномочия следователя*, С. 94.

13 Определение № 48-Дп 02-14 по делу Довжика, *Научно-практич. пособие по применению УПК РФ*, Москва 2004, С. 360-361.

кодекс Российской Советской Федеративной Социалистической Республики¹⁴ содержал правило (ч. 2 ст. 169) о том, что при отсутствии лица, в жилище которого производится обыск и совершеннолетних членов его семьи, органы расследования обязаны были привлекать представителей жилищно-эксплуатационной организации, исполнительного комитета поселкового или Сельского Совета народных депутатов. Полагаем, что в целях обеспечения прав как обвиняемых (подозреваемых), так и потерпевших УПК РФ следует дополнить аналогичным правилом.

Важной гарантией соблюдения прав собственника имущества при производстве обыска является положение закона о том, что следователь до начала обыска обязан предложить добровольно выдать подлежащие изъятию предметы, документы, ценности, которые могут иметь значение для уголовного дела (ч. 5 ст. 182 УПК РФ). Добровольная выдача всех предметов, имеющих отношение к уголовному делу, означает, что следователь вправе не производить поисковых действий (никто не ходит по жилищу, не вскрывает запертое, не изымает другие вещи и т.п.), что и должно найти отражение в протоколе. При производстве обыска во всех случаях следователь изымает предметы и документы, изъятые из гражданского оборота.

Постановление судьи о разрешении производства обыска в жилище или постановление следователя о производстве обыска в ином помещении наделяет следователя полномочиями беспрепятственно входить в подлежащие обследованию помещения, в том числе принудительно вскрывать как в целом помещение, так и любые хранилища и объекты, находящиеся внутри обыскиваемых помещений. Однако принудительное вскрытие помещений допускается, если владелец отказывается их открыть добровольно. При этом закон запрещает повреждать имущество, если это не вызывалось необходимостью. Надо признать, что данная формулировка закона довольно расплывчатая, поскольку любые действия следователя по повреждению имущества, связанные с розыском орудий преступления, предметов, документов и ценностей, которые могут иметь значение для уголовного дела, всегда будут считаться, как вызванные необходимостью. Речь, скорее всего, должна идти о явно незаконных действиях следователя при производстве обыска. Например, вместо того, чтобы распороть обшивку дивана или кресел по шву ее скрепления с каркасом, она режется ножом в самых видных местах или вместо того, чтобы прощупать обои, они срываются со стены с целью обнаружения тайника и т. д. Поэтому, если лицо, в помещении которого производился обыск, и его защитник посчитают, что в результате обыска произошло повреждение имущества, которое не вызывалось необходимостью, и особенно в тех случаях, когда обыск дал отрицательный результат, необходимо все повреждения имущества отразить в протоколе обыска с точным описанием всех действий следователя, а затем предъявить иски о возмещении вреда, причиненного

14 Ведомости ВС РСФСР. 1960 № 40, Ст. 592.

в результате проведенного обыска. Именно по протоколу можно проверить весь ход следственного действия. Поэтому все, что не указал следователь в отношении порчи имущества, обязана сделать сторона защиты в замечаниях и дополнениях к протоколу обыска.

Производство обыска обеспечивается государственным принуждением, в связи с чем следователь вправе запретить лицам, присутствующим в месте, где производится обыск, покидать его, а также общаться друг с другом или иными лицами до окончания обыска.

При производстве осмотра, обыска и выемки в жилище следователь обязательно обеспечивает участие двух понятых. Кроме того, для участия в следственном действии допускается и большее число понятых в тех случаях, когда поисковые действия осуществляют несколько следователей и сотрудников органов дознания в разных местах. Изъятые при обыске предметы, документы, ценности предъявляются понятым и другим лицам, присутствующим при обыске, и в случае необходимости упаковываются и опечатываются на месте обыска, что удостоверяется подписями следователя и понятых. Данные действия по оформлению документов и вещественных доказательств имеют важное значение, как для обеспечения прав потерпевшего лица, так и для возвращения изъятого при установлении невиновности обвиняемого (подозреваемого). При производстве обыска следователь составляет протокол, в котором должны быть указаны все изъятые объекты. Копия протокола вручается лицу, в жилище которого был произведен обыск, либо совершеннолетнему члену его семьи.

4. Процессуальный порядок выемки в жилище тот же, что и для обыска, но с некоторыми исключениями, которые обусловлены тем, что, в отличие от обыска, предметы и документы, подлежащие изъятию, не разыскиваются, а лишь изымаются добровольно или принудительно. До начала выемки следователь объявляет постановление суда и предлагает выдать предметы и документы, подлежащие изъятию, а в случае отказа производит выемку принудительно. Выемка производится, когда заранее известно место нахождения искомого предмета. Вместе с тем производство выемки обеспечивается принуждением государства, позволяющим свободно входить в жилище и при необходимости вскрывать запертые хранилища, в которых размещены подлежащие изъятию объекты. Однако такое принуждение ограничивается целями выемки – оно должно обеспечить доступ строго к определенному предмету.

В случаях, когда в ходе выемки объект, подлежащий изъятию, в точно указанном месте не обнаружен, но имеются основания полагать, что он хранится в этом же жилище, следователю необходимо составить протокол выемки, в котором указать, что предмет не обнаружен и не изъят. Затем провести обыск в жилище по правилам случаев, не терпящих отлагательства (ч. 5 ст. 165 УПК РФ).

Таким образом, производство следственных действий достаточно часто связано с ограничением священного права собственности физических и юридических лиц, что

вызвано необходимостью расследования преступлений и установления лиц его совершивших. Органы предварительного расследования обязаны соблюдать установленный федеральным законом механизм законного ограничения права собственности, важнейшей составляющей которого является получение судебного решения на производство следственных действий.

Биографическая аннотация:

Марина Митюкова – Иркутский государственный университет, Юридический институт, преподаватель кафедры судебного права. Научные интересы: уголовно-процессуальное право, защита прав человека.

SUMMARY

Selected issues of the property right limitation in the criminal proceedings

The study aims at an analysis of the relationship between civil law and the criminal procedure law system. The author focus on the limitation of the property right in the selected aspects of the criminal proceedings.

KEYWORDS: limitation the property right, criminal proceedings, civil law

ЯНА БЕРГЕР

Право собственности: пределы и ограничения

Институт права собственности со времен его возникновения лежит в основе гражданского оборота. Входящие в субъективное право собственности правомочия позволяют собственникам вступать в различные правоотношения по поводу определенного имущества. В то же время, несмотря на то, что право собственности определяют как безграничное господство лица над вещью, оно не является безграничным.

Углубляясь в изучение права собственности, мы находим, что зачастую оно ограничено каким-либо образом. Как отмечал В.П. Грибанов, всякое субъективное право, будучи мерой возможного поведения управомоченного лица, имеет определенные границы, как по своему содержанию, так и по характеру его осуществления. Границы эти могут быть большими или меньшими, но они существуют всегда¹.

Предоставление собственнику возможности по своему усмотрению совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия без указания на ограничения в виде законов, прав и интересов других лиц может привести к непредсказуемым последствиям. Установление определенных пределов и ограничений для собственников обусловлено тем, что любой субъект права собственности является частью общества и не может существовать независимо от него, а поэтому обязан учитывать его интересы. Как верно отметил В.П. Камышанский, *в обществе должна присутствовать гармония взаимоотношений единичного и целого*², которая заключается в том, что общество, предоставляя, гарантируя и защищая права собственника, имеет право ограничивать правомочия собственников в целях обеспечения прав и законных интересов отдельных лиц и их совокупности. Кроме того, государство для обеспечения жизнедеятельности общества призвано решать возложенные на него политические, экономические, социальные и другие задачи, чему собственники должны содейство-

¹ В.П. Грибанов, *Осуществление и защита гражданских прав*, Москва 2001, С. 18.

² В.П. Камышанский, *Пределы и ограничения права собственности*, Волгоград 2000, С. 25.

вать, признавая за государством право, в случае необходимости, налагать на них определенные ограничения³.

Эти ограничения могут касаться объектов, находящихся в собственности, возможности осуществления правомочий собственника по владению, пользованию и распоряжению правом, самой возможности приобрести имущество в собственность и т.д.

В отношении субъективного права собственности можно выделить три категории, формирующие рамки его осуществления:

- пределы (границы права);
- ограничения права;
- обременения права.

Разграничение вышеназванных категорий представляет собой научный и практический интерес, поскольку непосредственно связано с квалификацией налагаемых на право собственности ограничений, последующим законодательным закреплением данных понятий и использованием их в правоприменительной практике.

Прежде чем перейти непосредственно к рассмотрению пределов, ограничений, обременений права собственности, необходимо отметить, что они могут быть установлены либо в отношении определенных объектов, либо независимо от того, какой объект находится в собственности. При этом случаи ограничения круга субъектов права собственности требованиями особой квалификации физических лиц, специализации организаций нельзя относить к случаям установления границ либо ограничений права собственности, поскольку это означало бы смешение ограничений конкретного субъективного права собственности с ограничением абстрактной возможности обладать правом собственности на определенный объект, т.е. с ограничением правоспособности⁴.

Ограничение права собственности в каждом случае является ограничением усмотрения собственника при осуществлении его правомочий по владению и распоряжению имуществом (включая собственно распоряжение, установление обременений и уничтожение имущества), обусловленным в определенных случаях самой природой отношений собственности, либо волей законодателя, или же волеизъявлением самого собственника.

Случаи ограничения усмотрения собственника, обусловленные природой отношений между собственником и третьими лицами, основываются на положениях теории естественного права, отсылающей нас к общепринятым представлениям о добре, свободе, справедливости, равноправии, равной защите прав и интересов всех субъектов права, неотъемлемых правах, свойственных человеку от рождения, и образуют естественные пределы осуществления права собственности. Данные пределы (границы) впоследствии находят свое закрепление в нормативных актах в виде запретов на шikanу и иные формы злоупотребления правом.

3 В.П. Камышанский, *Пределы и ограничения...*, С. 26.

4 В.А. Микрюков, *Содержание ограничений и обременений права собственности*, Пермь 2004, С. 2.

При этом определение пределов осуществления гражданских прав не является ограничением этих прав. Это юридическое выражение уже существующего экономического равного положения людей в системе общественных отношений, правовое обеспечение, юридическая гарантия этого действительного равенства. Попытка отдельных лиц выйти за пределы этого экономического и правового равновесия при использовании принадлежащих им гражданских прав, нарушение пределов их осуществления и есть злоупотребление правом, не допустимое в обществе⁵.

Наличие подобных *естественных* границ права собственности позволяет собственнику в границах права осуществлять свои правомочия по своему усмотрению. При этом усмотрение собственника предполагает разумное и добросовестное осуществление своего права собственности. В.П. Камышанский в числе основных признаков усмотрения называет следующие⁶:

- правомерность или законность;
- учет прав и законных интересов третьих лиц.

Там, где неразумность и недобросовестность собственника будет сталкиваться с правами других лиц, позитивным правом устанавливаются ограничения, удерживающие собственника в границах права собственности.

Ограничения можно определить как вытекающие из законов и других нормативных актов, из решений государственных органов пределы, границы, за которые не должна выходить деятельность экономических субъектов, ограниченные возможности использования ресурсов⁷. Ограничение права призвано обеспечить интересы большинства и разрешить потребность установления границы между противостоящими интересами субъектов права⁸. Как следует из смысла п. 2 ст. 1 ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации) право собственности может быть ограничено на основании федерального закона в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. Как справедливо отмечает В.П. Камышанский, ограничения не исключают отдельные правомочия из содержания права собственности, а сужают возможности собственника в осуществлении субъективного права⁹. Ограничение права собственности возможно как в интересах всего общества (общие ограничения), так и в интересах определенных лиц (частные ограничения).

Ограничения права собственности могут быть выражены в запретах собственнику совершать определенные активные действия. Например, собственнику запрещается

5 В.П. Грибанов, *Осуществление и защита...*, С. 21.

6 В.П. Камышанский, *Пределы и ограничения...*, С. 32.

7 Л.Ш. Лозовский, Е.Б. Стародубцева, *Современный экономический словарь*. КонсультантПлюс.

8 В.П. Камышанский, *Пределы и ограничения...*, С. 50.

9 В.П. Камышанский, *Пределы и ограничения...*, С. 72.

размещать в жилом доме промышленные производства (п. 3 ст. 288 ГК РФ). При осуществлении права собственности на животное не допускается жестокое обращение с ним (ст. 137 ГК РФ)¹⁰.

Уменьшение объема возможностей собственника может быть достигнуто также посредством сужения имеющихся дозволений. В частности, при изменении категории земельного участка правомочия собственника земельного участка будут ограничены пределами нового целевого назначения (п. 3 ст. 209, ст. 260 ГК РФ)¹¹.

Ограничение права может быть вызвано определенными запретами. Однако эти запреты не исключают определенное субъективное право из содержания правоспособности управомоченного лица. Собственник сохраняет субъективное право, и в случае снятия определенного запрета или ограничения данное право в силу свойства эластичности права собственности будет восстановлено в полном объеме¹².

Ограничения права собственности можно классифицировать по ряду оснований.

С учетом структуры права собственности по объему ограничения можно разделить на две группы:

- ограничения, которые стесняют право собственности во всем его содержании;
- ограничения, которые стесняют право собственности в отдельных его составных частях.

По содержанию ограничений их можно разделить на:

- ограничения, вследствие которых собственник должен что-либо терпеть;
- ограничения, в силу которых собственник должен чего-либо не делать.

Мейер Д.И. также делит ограничения на две группы¹³. В первую группу входят ограничения, которые в дореволюционном гражданском законодательстве России назывались правом участия общего и частного в выгодах чужого имущества. Эти ограничения сопровождают всякое право собственности на определенные предметы. Эти ограничения, по мнению Д.И. Мейера, составляют пределы существования права собственности. Вторую группу ограничений составляют установленные законом ограничения внутри пределов права собственности по основаниям, лежащим или в личности отдельного субъекта права собственности, или в обстоятельствах, не связанных с личностью субъекта.

К. Анненков¹⁴, Д.И. Мейер¹⁵, Г. Полежаев¹⁶, Г.Ф. Шершеневич¹⁷ проводили деление ограничений права собственности в зависимости от источника на ограничения, выте-

10 В.А. Микрюков, *Содержание ограничений...*, С. 2.

11 В.А. Микрюков, *Содержание ограничений...*, С. 3.

12 В.П. Камышанский, *Пределы и ограничения...*, С. 54.

13 Д.И. Мейер, *Русское гражданское право*, Москва 1997, С. 28.

14 К. Анненков, *Система русского гражданского права*, Санкт Петербург 1900, С. 349.

15 Д.И. Мейер, *Русское гражданское...*, С. 26.

16 В. Полежаев, *О праве собственности по русским законам*, Журнал Министерства юстиции 7/1861, С. 25.

17 Г.Ф. Шершеневич, *Учебник русского гражданского права*, Казань 1902, С. 240.

кающие непосредственно из закона, и ограничения, основанные на автономном акте. Отличие их заключается в том, что в первом случае собственник ограничивается непосредственно законом, а во втором случае посредством права в чужой собственности.

Однако представляется, что право в чужой собственности является не ограничением, а обременением собственника имущества. Под обременением понимаются дополнительные обязательства и обязанности лица, накладываемые на него ограничения, возникающие в связи с наличием у него или получением им определенных прав и возможностей; например, обязанность попечителя заботиться о подопечном или обязанность арендатора сохранять арендованное имущество¹⁸.

Вопрос о разграничении понятий обременение и ограничение права часто вызывал споры среди ученых. В качестве примера можно привести вопрос о квалификации сервитута как ограничения либо как обременения права. Л.В. Щенникова определяет сервитут как:

такое обременение земельного участка или другого объекта недвижимости, которое может заключаться как в ограниченных полномочиях по его использованию другим собственником (собственником соседнего земельного участка или другой недвижимости), так и в ограничении собственных полномочий,

относя сервитут одновременно и к обременениям объекта недвижимости, и ограничениям прав собственника¹⁹.

Однако исследования показывают, что есть достаточные основания для разграничения понятий ограничения и обременения права, которые, в частности, позволяют однозначно определить природу сервитута. Например, Г.Ф. Шершеневич указывал, что:

ограничения права собственности имеют в виду только стеснение собственника из-за посторонних лиц в осуществлении его права, но не доставление посторонним лицам прав на чужую вещь. Последней цели служат главным образом сервитуты. Сервитуты – это права третьих лиц, вследствие которых стесняется собственник в осуществлении своего права, законные ограничения – это стеснение собственника в осуществлении его права, вследствие которого обеспечиваются интересы третьих лиц²⁰.

Аналогичной позиции придерживался Д.И. Мейер. По его словам, ограничения не составляют права на чужую вещь, потому что право на чужую вещь – это выдел из права собственности, а ограничения составляют его предел и устанавливают для сто-

18 Б.А. Райзберг, Л.Ш. Лозовский, Е.Б. Стародубцева, *Современный экономический словарь*. КонсультантПлюс.

19 Л.В. Щенникова, *Вещное право*, Москва 2006, С. 140-141.

20 Г.Ф. Шершеневич, *Учебник русского...*, С. 175.

ронных лиц только право на совершение действий, которые не считаются нарушениями права собственности²¹.

Таким образом, основным отличием обязанностей, входящих в содержание ограничений, от обязанностей собственников, составляющих обременение его права, является наличие или отсутствие корреспондирующих этим обязанностям гражданских прав третьих лиц. Таким образом, основываясь на данном заключении, В.А. Микрюков делает вывод о том, что обязанности собственника по уплате налогов (так называемые налоговые обременения), обязанности по осуществлению обязательного аудита, по ведению бухгалтерского учета, по сохранению естественной среды обитания диких животных и прочие *обременения публичного характера* являются ничем иным как ограничением права собственности, поскольку таким обязанностям корреспондируют лишь права административных органов и должностных лиц по осуществлению контроля и надзора²².

Вследствие установления обременения собственник стесняется в правах из-за наличия прав третьих лиц в отношении его имущества (прав аренды, залога, ограниченного пользования соседним земельным участком, проживания в жилом доме на основании завещательного отказа) или прав требования от него совершения в их пользу каких-либо действий в связи с обладанием обремененным правом (прав получателя ренты требовать от собственника выплаты определенного денежного содержания).

С позиции субъекта обремененного права собственности обременение представляет собой перераспределение части правомочий в пользу третьих лиц.

Можно сделать вывод, что смысл ограничения права собственности состоит в том, чтобы в целях, указанных в ст. 1 ГК РФ, частично воспретить или ограничить осуществление права собственности вообще, а не только самим собственником, в то время как при обременении те виды форм и способов осуществления права собственности, которые временно не доступны собственнику, осуществляются субъектами правообременений. Также, по замечанию В.А. Микрюкова, различия в ограничении и обременении права собственности характеризуются и тем, что в случае уничтожения собственником имущества без негативных последствий для собственника отпадают лишь ограничения его права, тогда как субъекты прав, обременявших уничтоженное имущество, могут потребовать возмещения убытков со стороны собственника или иным образом защитить свое право²³.

Подводя итог, можно отметить следующее.

Право собственности, несмотря на то, что оно предоставляет собственнику наиболее полный перечень правомочий по отношению к имуществу, подлежит ограничению при помощи:

21 Д.И. Мейер, *Русское гражданское...*, С. 22.

22 В.А. Микрюков, *Содержание ограничений...*, С. 4.

23 В.А. Микрюков, *Содержание ограничений...*, С. 6.

- фиксации естественных границ (пределов) осуществления права собственности, необходимых для сохранения баланса экономических и социальных интересов всех членов общества, а также государства;
- установления органами государственной власти ограничений права собственности, которые направлены на сужение одного или нескольких правомочий собственника, которые восстанавливаются в прежнем объеме при снятии вышеназванных ограничений. При этом у третьих лиц не возникает каких-либо прав на имущество, находящееся в собственности;
- создание обременений (в основном волеизъявлением собственника), влекущих передачу части правомочий собственника третьим лицам, соответственно, с изъятием их у собственника. Как и при снятии ограничений, устранение обременений приводит к восстановлению правомочий собственника в полном объеме.

При этом установление пределов, ограничений и обременений права собственности служит интересам общества и государства в целом, помогая поддерживать экономическое, социальное, политическое благосостояние общества.

Биографическая аннотация:

Яна Бергер – Иркутский государственный университет, Юридический институт. Научные интересы: гражданское право, жилищное право, арбитражный процесс, административное производство, международное право, международные отношения.

SUMMARY

The property rights: boundaries and limitations

The aim of the study is to evaluate the selected limitation of the right to property. The author is of the opinion that establishing the boundaries of property rights in the law system serves the interests of society and supports the economic, social, political and economic well-being.

KEYWORDS: public interest, limitation the property right, civil law

ВИТАЛИЙ ЕЛИСЕЕВ

Интеллектуальные права как ограничение права собственности

В системе интеллектуальной собственности белорусский ученый С.А. Судариков выделяет три принципа, одним из которых является дуализм интеллектуальной собственности. Оставляя за рамками этой статьи дискуссию об обоснованности выделения таких принципов, остановимся на том, что понимается под дуализмом интеллектуальной собственности. С.А. Судариков пишет: *Нематериальные объекты интеллектуальной собственности объективно существуют только воплощенными в материальных объектах*¹. Иными словами, объекты интеллектуальной собственности всегда нематериальны. Вместе с тем они находят свое внешнее выражение в объектах материального мира. Такими материальными объектами могут быть вещи, однако, не только они. Принцип дуализма интеллектуальной собственности можно рассмотреть с двух сторон.

С одной стороны, возникает вопрос о том, как оборот материальных объектов, в частности вещей, влияет на юридическую судьбу объектов интеллектуальной собственности. Этот аспект дуализма интеллектуальной собственности не вызывает на практике серьезных трудностей и однозначно урегулирован в современных законодательствах. Так, ст. 1227 ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации) гласит:

1. Интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный носитель (вещь), в котором выражены соответствующие результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации.
2. Переход права собственности на вещь не влечет переход или предоставление интеллектуальных прав на результат интеллектуальной деятельности или на средство индивидуализации, выраженные в этой вещи, за исключением случая, предусмотренного пунктом 2 статьи 1291 настоящего Кодекса.

¹ С. Судариков, *Авторское право*, Москва Проспект 2013, С. 21.

Иными словами, оборот вещей, в которых выражены объекты интеллектуальной собственности, не влияет в большинстве случаев на юридическую судьбу самих объектов.

С другой стороны, существует и обратная связь. Как влияют права на объекты интеллектуальной собственности на оборот материальных носителей, в которых эти объекты выражены? Например, являясь собственником вещи, вы можете не являться правообладателем объекта интеллектуальной собственности, воплощенной в вещи. Таким образом, с одной стороны, у вас есть право собственности на вещь, которое позволяет по своему усмотрению совершать в отношении нее любые действия и запрещает кому-либо препятствовать вам в этом. С другой стороны, вы не обладаете правами на использование объекта интеллектуальной собственности, воплощенного в вещи, соответственно, без согласия правообладателя не вправе совершать какие-либо действия в отношении объекта интеллектуальной собственности. Возникает ситуация, в которой интеллектуальные права могут быть противопоставлены праву собственности. Иначе говоря, здесь происходит конфликт между интересами собственника вещи и правообладателя объекта интеллектуальной собственности, который имеет ряд проявлений.

В рамках этой статьи подробно остановимся на одной проблеме, в которой проявляется конфликт интересов собственника и правообладателя, а именно на проблеме соотношения права на неприкосновенность произведения и права собственности на вещь, являющуюся материальным носителем произведения.

Представим следующую ситуацию. По заказу архитектор создает проект жилого дома, который охраняется нормами авторского права. На основе архитектурного проекта возводится дом, право собственности на который приобретает другое лицо. Спустя некоторое время собственник решает реконструировать дом, например, доделать несколько балконов, пристроить гараж или просто добавить декоративные элементы. Будучи собственником недвижимой вещи, он имеет право по своему усмотрению владеть, пользоваться и распоряжаться ею, в том числе изменять каким-либо образом. Одновременно архитектор, создавший проект дома, имеет право на неприкосновенность произведения, т.е. право противодействовать всякому изменению своего произведения. Допустимо ли, не получая согласие автора, изменить материальный объект, в котором выражено произведение? Чьи права и интересы должны иметь приоритет – автора или собственника? Существуют ли какие-либо критерии для установления баланса интересов автора и собственника?

Предлагаю обратиться к статье 6bis Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений 1886 года:

Независимо от имущественных прав автора и даже после уступки этих прав, он имеет право требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению это-

го произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора.

Норма ст. 6^{bis} Конвенции допускает двоякое толкование в зависимости от того, относим ли мы часть *способному нанести ущерб чести или репутации автора* ко всякому изменению произведения или только к *любому другому посягательству*. В первом варианте толкования запрещены только те изменения, которые способны нанести ущерб чести или репутации автора. Во втором варианте – неправомерны любые изменения произведения, а посягательства в иных формах неправомерны, если способны нанести ущерб чести и репутации автора.

В российской доктрине можно встретить оба варианта толкования. Так, А.М. Эрделевский полагает, что всякое искажение неправомерно независимо от причинения ущерба деловой репутации². Напротив, В.И. Еременко говорит о том, что изменение должно затрагивать репутацию автора³. Такая позиция основана на сравнении английского и французского текста Конвенции, и французский текст, по утверждению В.И. Еременко, однозначно свидетельствует о том, что вред деловой репутации относится и ко всякого рода изменениям, а не только посягательствам в иной форме. Нельзя не отметить, что некоторые авторы, поддерживая вторую позицию, в сущности, приравнивают ее к первой. Они говорят о том, что только автор может оценить, способны ли изменения причинить вред его деловой репутации, соответственно, только от автора зависит, будут ли правомерны те или иные изменения.

Таким образом, первый критерий, который позволяет определить, допустимы ли действия собственника по изменению вещи, в которой воплощено произведение, основан на толковании ст. 6^{bis} Бернской конвенции. Решение вопроса зависит от выбора варианта толкования и от способности изменений причинить ущерб репутации автора.

Второй подход можно назвать объектным. Так, М.Н. Малеина решает вопрос о допустимости изменений в зависимости от вида произведения. Что касается архитектурных произведений, она пишет:

Пределы осуществления права на неприкосновенность архитектурного объекта могут быть обозначены собственником здания. Так, собственник в случае необходимости и в соответствии со строительными нормами и правилами

2 А. Эрделевский, *Неимущественные права автора произведения*, Патенты и лицензии 1/2005, С. 32–33.

3 В. Еременко, *К вопросу о личных неимущественных правах авторов произведений*, Адвокат 7/2010, С. 27–37.

может вносить изменения и переделывать архитектурное произведение по своим вкусам, с учетом нужд производить ремонт⁴.

К сожалению, это мнение никак не аргументируется и представляется спорным. Построенные объекты архитектуры – выражение творческой деятельности и профессионализма архитектора, в своем роде портфолио автора. Поэтому свободное изменение объектов архитектуры может причинить ущерб репутации автора. Кроме того, сводится на нет право на авторский надзор, которое в таком случае прекращается в момент завершения строительства в первоначальной форме.

Французский ученый А. Франсон выдвинул целый ряд критериев, позволяющих разграничить интересы автора и собственника:

- причины и цели изменения произведения, в частности добросовестность собственника при осуществлении таких действий;
- наличие у произведения утилитарного значения. Если оно имеет утилитарное значение, то приоритет следует отдать собственнику, если нет – автору;
- место, в котором планировалось использовать произведение. Если автор рассчитывал на публичный показ, то должны быть защищены его интересы. Если произведение было создано исключительно для частного пользования, собственник обладает свободой усмотрения.

Кроме того, интересно обратиться к законодательству разных стран, которое так же неоднозначно разрешает конфликт между собственником и автором, как и доктрина.

В США неимущественные права авторов существенно ограничены по сравнению со странами континентальной Европы, что проявляется и в том, что конфликт интересов собственника и автора обычно разрешается в пользу собственника. Закон США об авторском праве (Глава 17 Кодекса США) содержит различные нормы в отношении различных объектов авторских прав. Например, статья 106А регулирует изменение произведений изобразительного искусства и запрещает собственнику только такие изменения, которые способны причинить ущерб чести или репутации автора. Что касается произведений архитектуры, согласно пункту b ст. 120 Закона США об авторском праве собственник вправе перестраивать и уничтожать здание без получения согласия автора:

Несмотря на положения пункта 2 статьи 160, собственники здания, воплощающего произведение архитектуры, могут без согласия автора или правооб-

4 М. Малеина, *Личные неимущественные права граждан: понятие, осуществление, защита*, Москва 2001, С. 217.

ладателя перестроить или уничтожить здание, либо уполномочить других лиц на совершение соответствующих действий.

Противоположным образом интересы собственника и автора разграничиваются во Франции. Ролан Дюма анализирует наиболее известные дела, в которых противопоставлялись моральные права автора и право собственности. С одной стороны, Р. Дюма констатирует сложность и неоднозначность этого вопроса, говорит о необходимости исследовать все обстоятельства каждого конкретного дела⁵. С другой стороны, общая тенденция применения французского права такова, что суды с большей готовностью защищают моральные права автора, нежели право собственности.

Как следует разрешать конфликт между правами автора и собственника по российскому праву? В соответствии со ст. 1226 ГК РФ:

1. Не допускается без согласия автора внесение в его произведение изменений, сокращений и дополнений, снабжение произведения при его использовании иллюстрациями, предисловием, послесловием, комментариями или какими бы то ни было пояснениями (право на неприкосновенность произведения).
2. Извращение, искажение или иное изменение произведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию автора, равно как и посягательство на такие действия, дают автору право требовать защиты его чести, достоинства или деловой репутации в соответствии с правилами статьи 152 настоящего Кодекса.

Из приведенной нормы с очевидностью следует, что запрещено всякое посягательство на неприкосновенность произведения. А если нарушение способно нанести ущерб чести или репутации, автор может использовать дополнительные способы защиты, например, требовать компенсации морального вреда. Такое толкование практически единодушно поддерживается в комментариях к части IV ГК РФ⁶. Исключения же из ст. 1266 ГК РФ предусмотрены только в отношении программ для ЭВМ, что, должно приводить к выводу, что российское право отдает приоритет интересам авторов во всех остальных случаях, в том числе в случаях использования произведений архитектуры.

⁵ Р. Дюма, *Литературная и художественная собственность. Авторское право Франции*, Москва 1993, С. 205-209.

⁶ См. напр.: Л. Трахтенгерц (и др.), *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части четвертой (постатейный)*, Москва 2009, С. 230; А. Маковский (и др.), *Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации (поглавный)*, Москва 2008, С. 193.

Однако, среди немногочисленной судебной практики по этому вопросу следует обратить внимание на следующее дело. Архитектор создал проект пятиэтажного многоквартирного дома. Дом был построен, квартиры проданы. Через два года одна из собственников пристроила к своей квартире террасу, что изменило внешний облик здания. Это послужило поводом для обращения архитектора в суд за защитой права на неприкосновенность произведения. Далее имеет смысл процитировать ключевые части судебного решения.

Два защищаемых правом правомерных интереса двух разных лиц оказались в данном случае в явном противоречии, и право одного лица – собственника стеснено правом лица другого – автора, совершенно верно выявляет правовую проблему суд. Между тем, необходимо отметить, что автор произведения вправе запретить его собственнику только вносить в него изменения, но у него нет права запретить собственнику уничтожить это произведение - такой вывод можно допустить, хотя в данном деле об уничтожении или разрушении здания речи не шло. Далее суд выделяет критерий допустимости реконструкции объекта архитектуры, хотя в предыдущем абзаце говорил о праве автора запретить изменения:

(...) Когда речь идёт о произведениях архитектуры, нелогично ограничивать право собственника на реконструкцию капитального строения, которое, например, вследствие окончания срока его эксплуатации находится в аварийном состоянии и грозит обрушением. Из-за отсутствия согласия автора на возведение дополнительных конструкций, которые усилят здание, нельзя ставить под угрозу жизнь и здоровье проживающих в нём граждан.

Примечательно, что в рассматриваемом деле вопрос о безопасности ставился только самим автором, который указывал, что, напротив, пристроенная терраса создает угрозу безопасности.

В конце мотивировочной части суд пишет:

Разрешая данный спор так, чтобы был бы соблюден баланс интересов двух сторон, суд руководствуется положениями статьи 6^{bis} Бернской конвенции об охране литературной и художественной собственности 1886 года

далее идёт цитата конвенциональной нормы:

Таким образом, международное право защищает право автора на неприкосновенность произведения не от любых посягательств, а только тех, которые способны нанести ущерб чести или репутации автора.

В итоге суд отказал в удовлетворении исковых требований автора и признал за собственником право на реконструкцию, так как автор не доказал причинение вреда его чести или деловой репутации.

Что сделал суд? Суд проигнорировал нормы ГК РФ, которые однозначно требовали решить спор в пользу автора, и непосредственно применил нормы Бернской конвенции. При этом был избран вариант толкования, ограничивающий авторские права. Решение суда было оставлено в силе вышестоящими инстанциями, но представляется спорным и противоречивым. Особенно интересно, посчитал ли суд нормы ГК РФ противоречащими Бернской конвенции? Означают ли выводы суда, что статья 1266 ГК РФ не должна применяться как несоответствующая статье 6bis Бернской конвенции, обладающей большей юридической силой? В конечном счете, рассмотренное судебное решение показывает, что вопрос о соотношении права собственности и авторских прав является дискуссионным, и четкие критерии разграничения интересов авторов и собственников в российской правовой системе не найдены.

Подводя итог, следует сказать, что вопрос об интеллектуальных правах как об ограничении права собственности изучен недостаточно. Однако сама постановка вопроса обоснованна, потому что интеллектуальные права и право собственности могут вступать в коллизию, и интеллектуальные права могут ограничивать свободу усмотрения собственника во владении, пользовании и распоряжении вещью как материальным носителем объекта интеллектуальной собственности.

В рамках настоящей статьи был рассмотрен только один аспект проблемы, но на самом деле этих аспектов намного больше. Например, одним из последствий отзыва обнародованного произведения является право автора изъять из обращения экземпляры произведения, то есть прекратить права собственности на них. Аналогично при признании материальных носителей контрафактными такие материальные носители подлежат по решению суда изъятию из оборота и уничтожению без какой бы то ни было компенсации в пользу собственника. Право доступа к произведению изобразительного искусства является ограничением права собственности на оригинал произведения. Эти примеры свидетельствуют о том, что проблема интеллектуальных прав как ограничения права собственности действительно существует и требует дальнейшего изучения.

Биографическая аннотация:

Виталий Елисеев – студент II курса магистратуры юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета. Научные интересы: авторское право, недобросовестная конкуренция, энергетическое право.

SUMMARY

Intellectual property right as a form of limitation the property right

The study aims at an analysis of the relation between intellectual property right system and right in rem law system. The author makes an attempt to present how the intellectual property rights limit the property rights.

KEYWORDS: intellectual property, limitation of the property right, civil law

MARTYNA PIASKOWSKA

Who Owns Art? - The Problem of Trade in Cultural Objects

1. Definition of the term 'cultural property'

The term 'cultural property' was stated in two sources of international law – the Hague Convention of 1954¹ and the UNESCO Convention of 1970². The legal definition of cultural property was established in the Hague Convention. It states that the term 'cultural property' shall cover, irrespective of origin or ownership, three categories of objects. The first one is movable or immovable property of great importance to the cultural heritage of all people (for example – monuments of architecture, groups of buildings, books, works of art etc.). The second group consists of buildings, the main and effective purpose of which is to preserve or exhibit movable cultural property belonging to the first group (museums, large libraries, depositories of archives, and refuges intended to shelter, in the event of armed conflict, movable cultural property). The last category are centers containing a large amount of cultural property from the first or the second group.

On the other hand, the UNESCO Convention contains eleven categories of cultural property. It should be property which, on religious or secular grounds, is specifically designated by each State as being of importance to archaeology, prehistory, history, literature, art or science. The eleven categories of cultural objects mentioned in the Convention are, for example: rare collections and specimens of flora and fauna, products of archeological excavations, property of artistic interest, archives, including sound, photographic and cinematographic archives, articles of furniture which are more than one hundred years old and old musical instruments etc.

These two definitions highlight a few attributes that a cultural property should have. The first one is that a cultural object should have historical, artistic or scientific importance. Cultural objects can be movable or immovable and have secular or religious im-

1 Dz. U. 1957, No. 46, item 212.

2 Dz. U. 1974, No. 20, item 106.

portance. These documents try to harmonize the definition of cultural property, but the UNESCO Convention provides that each state can designate such property. Individual definitions of cultural objects were adopted, for example, by Austria, Croatia, Cyprus, Estonia, France, Germany, Greece, Hungary, Italy, Lithuania, Luxembourg, the Netherlands, Romania, Slovakia, Spain, Sweden, Switzerland and the United Kingdom.

The subject of my work is the property of movable cultural objects. I will present the changes in instruments for protecting cultural goods in international and Polish law. These instruments often restrict the ownership of private collectors because of the meaning of a cultural object to a nation. The risk of transporting cultural goods abroad was the cause of the creation of regulations which protect cultural property from leaving the territory of a country. The second cause of development of international and national regulations connected with the transfer of cultural objects was the problem of crimes committed in connection with them (for example offering objects of undefined origin, the illegal trade in art). The development of international trade led to the necessity for international preservation of cultural goods. The greatest problem is caused by movable cultural property, which can be transferred from one country to another. The problem arose at the end of the 1960s, when private collectors were often offered objects of undefined origin. It was the beginning of international cooperation to fight the illegal trade in art.

There are two great problems connected with cultural property. One of the most important questions is who can rightfully own a cultural object and what conditions should a person meet to become an owner of cultural property. This is connected with the significance of cultural goods for communities and the necessity of protecting cultural property from destruction. Cultural objects are not only tourist attractions, but are also an important element of national identity, which should be preserved for future generations.

2. International instruments for protecting cultural goods

The first document which aimed to deal with the protection of cultural goods was the Hague Convention for the Protection of Cultural Property in the Event of Armed Conflict. It was signed in 1954 and by 2013 had been ratified by 126 states. The Hague Convention was the first international document created to protect cultural goods during military conflict and, for the first time, it established the term 'cultural property'.

The next international document was the UNESCO Convention on the Means of Prohibiting and Preventing the Illicit Import, Export and Transfer of Ownership of Cultural Property. It was adopted by the General Conference of UNESCO in 1970. The Convention has been ratified by 120 countries. The first article of this document also provides a definition of cultural property, which is very wide and consists of any property

mentioned in one of eleven categories. Cultural property is also, on religious or secular grounds, specifically designated by each state as being of importance to archaeology, prehistory, history, literature, art or science. Countries which have ratified this Convention are obligated to adopt protection measures on their territories, control the movement of cultural property and return stolen cultural property. Article 7 of the UNESCO Convention states the duties of parties to the Convention. There are three duties: to take necessary measures to prevent museums and similar institutions from acquiring cultural property which has been illegally exported; to prohibit the import of cultural property stolen from a museum or a religious or secular public monument or similar institution; to take appropriate steps to recover and return any such cultural property at the request of another party to the Convention.

Another extremely important agreement was the UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects, which was signed in 1995. This Convention was prepared by the International Institute for the Unification of Private Law. It is a complementary instrument to the Convention of 1970. To be precise, the UNIDROIT Convention was signed to revise the UNESCO Convention. It laid down the legal rules for the restitution and return of cultural objects. 'Restitution' concerns stolen cultural objects and 'return' is a term applied to goods which have been illegally exported. It was necessary to lay down those rules, because the procedures for the return of cultural property in the UNESCO Convention had encountered some difficulties. Although the UNIDROIT Convention can only be applied in cases of international claims, which was stated in the first article, some authors claim that it was a significant document³. It was the first time that a possessor in good faith was obligated to return a cultural object which had been stolen. The possessor in good faith has the right to get fair and reasonable compensation. Nevertheless, the right of private collectors to possess a cultural object, even if they did not know that it had been stolen, was restricted in order to protect national heritage.

The next important international agreement was the European Convention on Offences relating to Cultural Property, known as the Delphi Convention. The aim of this document was to prevent the destruction and devastation of cultural objects. This convention has never come into force, because states wanted to preserve their own powers connected with criminal law. The appendix to the Convention provides a list of offences such as theft, destruction, damage, concealment etc. For the coming into force of this convention only three ratifications are needed, but no state has yet ratified the agreement.

In 2001, UNESCO drafted the Convention on the Protection of Underwater Cultural Heritage. Underwater cultural heritage was defined as all traces of human existence having a cultural, historical or archeological importance, which have been partially or totally submerged under water, periodically or continuously, for at least 100 years (art. 1

3 W. Kowalski, *Problematyka prawna obrotu dobrami kultury*, [in:] *Rynek sztuki. Aspekty prawne*, ed. W. Kowalski, K. Zalasńska, Warszawa 2011, p. 34.

paragraph 1). The same article gives a list of examples of underwater cultural heritage. It was necessary to draft such a document, not only because of treasure hunters, but also because of the fishing industry and the laying of pipelines. Parties to the Convention are obliged to preserve underwater heritage, train underwater archaeologists and share information with other countries. The Convention stipulates that underwater cultural heritage should not be commercially exploited.

International agreements provide just instruments for the protection of cultural property. According to the UNESCO Convention, every state has the freedom to set its own regulations connected with cultural objects.

3. Regulations of Polish law

Preservation of cultural property is regulated in Polish law by the act on the protection of monuments and the guardianship of monuments enacted on 23 July 2003⁴. The act does not use the term 'cultural object'. Instead, it uses the term 'monument'. The most significant restrictions on the right to ownership can be found in the fifth section, which regulates the export of monuments from Poland. Polish law provides some restrictions on exporting cultural goods. It is motivated by the will to preserve the most significant movable objects because of their importance to the nation. Article 51 stated that the export of cultural property is permitted under conditions that it does not cause damage to the national heritage. In 2010, the act was revised and this provision was removed. Nowadays, there is a list of cultural objects that require permission for export from Poland. The list consists of 15 categories, such as original graphics or posters which are more than 50 years old and with a value higher than 16 000 PLN, single films or photographs which are more than 50 years old and with a value higher than 6 000 PLN, a single book that is more than 100 years old and with a value higher than 6 000 PLN and so forth. Permission is issued by the Ministry of Culture and National Heritage. The Ministry can refuse to grant permission if the cultural object has special importance for the national heritage. However, the power of the organ is restricted by article 59, which enumerates categories of cultural objects which do not need permission for export. A person who wants to export a cultural object should submit a motion through a Voivodeship An Inspector of Monuments has to issue a permit for the permanent export of a monument. Permission is valid up to 12 months and after this time a person or organization cannot export the cultural object. Permission for the temporary export of monuments for utilitarian or exhibition purposes, or to carry out conservation works, can be issued by a Voivodeship Inspector of Monuments. The permit is valid for a maximum of 3

4 Dz. U. 2003, No. 162, item 1568.

years. A Voivodeship Inspector of Monuments can also issue a general open permit for the temporary export of monuments at the request of a museum or other institution of culture which, in connection with its activity, intends to repeatedly export its collections, in whole or in part, for exhibition purposes. Permission can be cancelled if the state of the monument has deteriorated, or new facts and circumstances have been revealed. After its return to Poland, the person or organization which was allowed to export the monument shall inform the Voivodeship Inspector of Monuments about the return of the object within 14 days. In the case of library materials, the permit is issued by the National Library Director. The procedure for issuing permits is specified by the Minister of Culture and National Heritage.

If a person does not need a permit for the export of an object and it has some qualities that turn out to require a permit, border guards can demand a document which legitimizes the fact that it can be exported without a permit. If a person does not present such a document, border guards can withhold the cultural good for the time which is necessary to check whether it is legal to export it without a permit. Documents which can be presented to border guards in order to export a cultural good are mentioned in article 59 of the act on the protection of monuments and the guardianship of monuments. According to legal doctrine, this regulation is not proper. Border guards have to assume whether the document is credible, for example, they must assume whether the article's valuation is proper or its declaration of age is credible. This can cause some problems, because border guards usually do not have professional knowledge about art⁵.

The aim of all of these regulations is to protect a significant cultural object from devastation and destruction or the export from the country of the most important objects. Restrictions are imposed on owners of cultural property in order to protect national heritage. The right of ownership, which is one of the most important rights in international and Polish law, in this case is not absolute. Although ownership is a basic value, lawmakers sacrifice this right in some cases to protect more important values. In fact, we can see a conflict of interests in this case. Cultural objects not only have economic value, but are also part of our heritage and their value cannot be measured only in an economic way and this fact justifies restrictions on the right of ownership.

4. Conclusion

To conclude, I would like to present some examples which show how serious the problem of the illegal trade in cultural objects is. In 1992, The Times published an article *Art*

5 W. Kowalski, K. Zalańska, *Prawo ochrony dziedzictwa kulturowego w Polsce – próba oceny i wnioski*, [in:] *System ochrony zabytków w Polsce – analiza, diagnoza, propozycje*, ed. B. Szmygin, Lublin – Warszawa 2011, p. 31.

*Raiders Jeopardize European Heritage*⁶. According to this article, in 1991, more than 2000 cultural objects valued at US\$ 3 billion were removed from eastern European countries. One of the countries that suffered most was Bulgaria. It is estimated that in 1991, more than 500 icons, hundreds of crosses and ancient Cyrillic manuscripts were taken from churches and monasteries.

On the other hand, in Supraśl in Poland, there is a museum which collects icons. Icons have been bought or donated by private collectors to the museum⁷. An interesting fact is that, in recent years, the main source of icons has become the Customs Office, which donates icons withheld on the border. In 1992, the National Library in Warsaw was offered a medieval manuscript for purchase, stolen from the library at Mount Athos. Fortunately, the manuscript was recognized and returned to the owner⁸.

It is also necessary to mention the *Winkworth v. Christie, Manson & Woods Ltd.* case. It was a case concerning the collection of ivory carvings, stolen in England and transported and sold in Italy. They were sold to the purchaser, who did not know that the works of art had been obtained in an illegal way, in good faith. The collection was put up for auction and the robbed owner became aware of it. He managed to stop the auction, but did not manage to regain the property. It was before the UNIDROIT Convention and Italian law protected the possessor in good faith⁹.

These examples show how important the problem of trade in art is nowadays, when people travel a lot. International cooperation is necessary to fight against crimes committed to obtain cultural objects. The provisions of a single country are insufficient if we want to preserve world heritage from destruction. On the other hand, lawmakers should consider private collectors and their right to possess works of art. The development of international trade in cultural property has created many problems. Movable works of art are often easy to transport, which causes problems for border guards. *It is easy to say that illegally exported art may not be imported. But effectuating such a policy, in a society within which millions of people cross the borders every year, and into which art objects numbering hundreds of thousands are brought, would be a nightmare [...] – says P. Bator*¹⁰.

Biographical reference:

Martyna Piaskowska – a student of the Adam Mickiewicz University in Poznań (Law Faculty and Interfaculty Individual Studies in the Humanities). She is interested in comparative law, art and Balkan literature.

6 S.J. Checkland, *Art Raiders Jeopardise European Heritage*, The Times, 1992-06-13.

7 <<http://www.muzeum.bialystok.pl/s,zbiory,40.html>>.

8 W. Kowalski, *Nabycie własności dzieła sztuki od nieuprawnionego*, Zakamycze 2004, p. 245–246.

9 *Winkworth – vs. – Christie, Manson & Woods Ltd*, ChD 1980.

10 V. W. Kowalski, *Nabycie własności...*, p. 196.

SUMMARY

Who owns art? - the problem of trade in cultural objects

The aim of the study is to evaluate the issue of trade in the scope of cultural objects. Presenting the selected topic the author focuses on the notion of cultural property, international instruments for protecting cultural goods and the Polish law system.

KEYWORDS: cultural property, trade, international law system, Polish law system

ADRIANNA SIEBERS

Общественные блага и трагедия общин – проблема общей собственности

Выбор темы моей статьи был трудным. Собственность не является главным или самым популярным предметом обсуждения ни в психологии, ни в этнологии (которыми я занимаюсь). Поэтому, необходимо было обдумать, что нового, интересного и полезного для юристов, я могу написать с точки зрения общественных наук. Так как психология, в общем, является наукой о поведении людей, – я решила представить с каким поведением связана одна особая форма собственности, и затем как это, в конечном счёте, влияет на общество. Таким образом, я надеюсь, что мне удастся указать важный аспект для осмысления права и законодательства.

1. Две формы собственности

Как известно, собственность принимает разные формы. Мы различаем общую и частную собственность. Является ли собственность общей, зависит не от ее характера, чаще всего это результат решения данной власти. Например, берег озера: в Польше можно купить этот участок земли, зато в Швейцарии берег озера длиной в пятьдесят метров является общей полосой земли, которая не принадлежит никому¹. Кроме этого, каждая страна устанавливает собственные правила использования частной и общей собственности. Если ученым удалось бы определить, как поведение людей влияет на частную и общую собственность, то, их выводы могли бы быть использованы для принятия данных решений.

Обе эти формы собственности имеют свои специфические психологические последствия. Когда я являюсь единственным владельцем чего-то:

- я знаю, что могу самостоятельно решать, как располагать этим благом;
- и что только я несу ответственность за него.

1 Z. Zaleski, *Psychologia własności i prywatności*, Warszawa 2003, С. 65.

Когда вещь является общей, ситуация выглядит иначе:

- я не чувствую полной свободы при распоряжении вещью;
- чувствую меньшую ответственность, меньше забочусь об этом предмете (ведь возможна ситуация, что другие владельцы не заботятся о вещи, но получают больше выгоды);
- даже если я хочу действовать для общего блага, могу воздерживаться от действий, думая, что другие владельцы так не поступают;
- мне труднее отождествляться с общей вещью².

Использование общей групповой собственности может стать социальной дилеммой.

2. Что такое социальные дилеммы?

Иногда человеку приходится делать выбор: вести себя эгоистично или нет. Социальная дилемма – это ситуация, когда условия такого выбора особые: если личность действует эгоистично, это приносит ей выгоду, но если бы все действовали эгоистично, они могли бы причинить вред группе³. Другими словами, это конфликт между тем, что приносит пользу отдельным совладельцам, а что – всей группе владельцев.

2.1 Трагедия общин

Классическим примером такой дилеммы является трагедия общин, принадлежащая к категории дилемм ограниченных ресурсов. У нее богатая история, но главным и часто цитируемым текстом о ней стала статья Гаррета Хардина⁴ *Tragedy of the Commons* (Трагедия общин). Автор этой статьи представляет ситуацию, которая дала название этому явлению, следующим образом:

В начале у нас есть пастбище, которым все могут пользоваться. Его используют вместе много пастухов, каждый из них хочет пасти на нем как можно больше скота. Выпас скота уменьшает количество травы. Возможно, долгое время это не будет являться проблемой, так как по разным причинам (например, болезни или войны), число жителей села и число скота не достигнет критической точки. Но приходит день, когда жизнь становится безопасная и стабильная. Тогда существующие правила регулирования эксплуатации ресурсов общего пользования приводят к трагедии. Почему? Очевидно, что каждый из пастухов, являющийся мыслящим существом хочет получить

2 T. Tyszka, *Psychologia ekonomiczna*, Gdańsk 2004, С. 134.

3 D.T. Kenrick, S.L. Neuberg, R.B. Cialdini, *Psychologia społeczna: rozwiązane tajemnice*, Gdańsk 2006, С. 652.

4 G. Hardin, *Tragedy of the Commons*, Science 3859/1968, С. 1243–1248.

максимальную выгоду. Если он бы подумал, что произойдет, если он увеличит число скота на одну корову, он пришел бы к выводу, что:

- он может увеличить собственный доход, например, вследствие последующей продажи на одну корову больше. Позитивный компонент полезности почти достигает +1;
- скота будет слишком много и травы не хватит для всех животных. Но негативный компонент для каждого пастуха, принимающего соответствующее решение, составляет лишь небольшую долю от –1.

Он убедится, что лучше добавить корову. Потом еще одну, и еще одну. Только так подумают и сделают все пастухи. В этом и состоит трагедия: система поощряет их увеличивать стадо без конца, хотя пастбище ограничено. Пастухи желающие увеличить свою прибыль, в обществе, которое признает свободу общественных благ эксплуатировать ресурсы общего пользования, стремятся к уничтожению пастбища. И хотя известно об этом давно, поведение людей остается все таким же.

2.2 Трагедия общин – исследование

Доказательством этого может являться результат эксперимента, проведенного Кевинном Брехнером в 1977 году⁵. Он воспроизвел в лаборатории упрощенную ситуацию похожую на трагедию общин, и пригласил студентов поиграть эту игру. Им надо было получать очки, человек, получивший 150 очков, выигрывал – получал хорошую оценку. Одновременно играло трое студентов, и, чтобы получить очко, им нужно было нажать кнопку – тогда очко из общего переходило на личный счет. Общий счет было видно на таблице с огоньками – как показано на рисунке ниже.

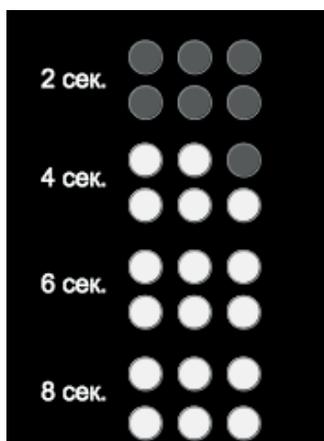


Рис. 1. Огоньки, показывающие очки в игре К. Брехнера

⁵ D.T. Kenrick, S.L. Neuberg, R.B. Cialdini, *Psychologia...*, С. 654.

Чем больше было общих очков, тем быстрее они восстанавливались (как на рисунке: если их было менее шести, надо было ждать 8 секунд, если были почти все – только 2 секунды). Когда кто–то получал последнее очко, новые очки уже не появлялись – так как, например, трава на пастбище. Студенты знали правила, и поэтому казалось, что они должны сотрудничать, действовать так, чтобы общих очков было много – тогда их число росло бы и все могли бы собрать нужные очки. Но эгоистичные тенденции были так сильны, что им не удалось сохранить общих очков. Когда у них не было возможности общаться, им удалось получить в среднем по 14 очков, а когда им предоставили возможность разговаривать, то они также не смогли выиграть – получили в среднем по 70 очков.

2.3 Дилемма общественных благ

Несколько иным видом социальной дилеммы является дилемма общественных благ⁶. Она возникает, когда каждому в сообществе надо сделать что–то неблагоприятное для себя, чтобы получить полезный для всех результат – общественное благо. Одному человеку лучше этого не делать потому, что он, независимо от того как поступит, будет пользоваться результатом, но если все так решат поступить, то пользы это не принесет. Примером являются взносы, – благодаря которым организации могут предлагать своим членам различные вещи, разную помощь, как, например, дорога, строительство которой финансируют все живущие в деревне. Общественными благами считать можно только вещи:

- которые, когда уже появятся не легко использовать;
- которыми могут пользоваться все, и даже те, кто не участвовал в их финансировании.

И эта дилемма также была предметом экспериментов⁷. Их результаты оказались немного оптимистичнее: люди (17–60%) принимали решение об оказании помощи и в связи с этим 45–60% исследованных групп могло бы пользоваться общественными благами. Жизненная ситуация подобна: существует множество общественных благ, как, например, государственное радио в Польше, но существуют ситуации, в которых описанный механизм лишает группу потенциальных преимуществ.

3. Социальные дилеммы – повседневная жизнь

Конечно, если бы эти выводы касались только игр в лаборатории и пастбищ, они были бы мало интересными и полезными. Но благодаря им можно понять множество современных, повседневных проблем. Наиболее приближенной к дилемме трагедии общин является тема рационального использования природных ресурсов, например, рыб, кото-

6 T. Tyszka, *Psychologia...*, С. 245.

7 D. T. Kenrick, S. L. Neuberg, R. B. Cialdini, *Psychologia...*, С. 655.

рых можно ловить в море или в другом общем водоёме. Социальные дилеммы касаются также вопросов перенаселения, природной среды и вооруженных конфликтов⁸, оплаты за радиовещание, общественного транспорта и многих других вопросов нашей жизни.

4. Механизмы социальных дилемм

Так почему же, несмотря на негативные последствия (и, несмотря на то, что он всем известны!), люди до сих пор выбирают эгоистичное поведение в представленных ситуациях?

4.1 Социальные дилеммы – эволюционное объяснение

Эволюция благоприятствует тем, кто стремится получить собственную выгоду в ущерб своей общине. Нашим предкам, живущим в небольших группах, было выгодно стремиться получить немедленную выгоду, защищая себя и свою группу. Если бы они этого не делали, то не стали бы нашими предками. В результате многолетнего опыта, сегодня эти тенденции остаются автоматическим навыком, хотя и перестающим приносить пользу.

4.2 Универсальны ли социальные дилеммы?

В общественных науках продолжается дискуссия о том, что является универсальным, общим для всех людей, а что – типичным только для членов определенной культуры.

Антрополог Дональд Браун приготовил список человеческих универсалий⁹, в котором мы можем найти собственность – она кажется повсеместной. Но это неконкретная информация: как же насчет поведения, которое приводит к социальным дилеммам?

В описываемых экспериментах принимали участие студенты из западных стран, исторические примеры также были взяты из обществ схожих с нашим. Это означало бы, что мы могли бы сделать вывод касающийся только их. Но, если мы примем эволюционное объяснение, то наши выводы не будут столь ограничены. Описанные механизмы и условия эволюции одинаковы для всего нашего вида, и поэтому, можно предполагать, что это распространённое во всем мире поведение.

8 D. T. Kenrick, S. L. Neuberg, R. B. Cialdini, *Psychologia...*, С. 652.

9 S. Pinker, *Tabula rasa. Spory o naturę ludzką*, Gdańsk 2005, С. 616–621.

5. Выводы

На данном этапе рассуждений выводы чрезвычайно просты: если что-то является общим, то ему угрожает уничтожение, вызванное чрезмерным использованием. Решением могла бы стать только приватизация или управление, которые бы ограничивали доступ к благу.

5.1 Социальные дилеммы – критика

Статья Хардина, одна из наиболее цитируемых в общественных науках¹⁰, положила начало не только новым исследованиям (о чем было уже сказано), но и вызвала споры. Так, Э. Остром¹¹ не согласна с тем, что всегда общая собственность ведет к трагедии – в мире можно найти множество примеров, в которых ее существование не вызывает проблем. Дело в том, что нужны лимиты: надо детально определить правила ее пользования. Есть также авторы, которые на основании новейших исследований, подвергают сомнению предположение, что причиной всех действий человека является только экономическая выгода. Для него важно также добро других, своей собственной группы и окружающей среды. Все это влияет на поведение по отношению к общим благам¹².

5.2 Чуть–чуть оптимизма – предложения психологов для защиты окружающей среды

Знание психологии не только помогает понять проблему, оно также может быть источником решения проблемы. М. Ван Вугт, используя известные теории и исследования, предложил начать управление окружающей средой, используя четыре стратегии¹³. Они все связаны с мотивами принятия решений в ситуации социальной дилеммы (автор называет их четырьмя *и* - по-английски они все начинаются с той буквы):

- Информация (Information) – потребность в понимании:
 - У людей существует потребность в понимании и знаниях, они хотят познавать свою окружающую среду и предугадывать своё будущее. В защите общего блага может помочь обыкновенная информация. Если люди будут понимать, как их поведение влияет на общее благо – например, если они ис-

10 M. Van Vugt, *Averting the Tragedy of the Commons. Using Social Psychological Science to Protect the Environment*, Current Directions in Psychological Science 3/2009, С. 169.

11 M. Van Vugt, *Averting the Tragedy...*, С. 170.

12 M. Van Vugt, *Averting the Tragedy...*, С. 170.

13 M. Van Vugt, *Averting the Tragedy...*, С. 169–173.

- пользуют много воды, то потом, ее в регионе не хватает – они будут это благо охранять. Случается также, что кто-то хочет изменить своё поведение, но не знает, как это лучше сделать – в этом случае информация очень полезна;
- Идентичность (Identity) – потребность в принадлежности (к группе):
 - Очень важна для нас принадлежность к группе, важно считать себя ее членом. У Ван Вугта есть несколько идей насчет того, как, зная об этом, помочь общему благу. Можно говорить о том, что, защищая общие блага, люди работают на пользу важной для них группы, например, „принимая решение, подумай о своих детях”. Можно тоже советовать, чтобы пользователи благом знакомились и говорили друг с другом – тогда, как в исследовании, которое я рассматривала, они разумнее используют общее благо. Мы, люди, хотим, чтобы другие члены нашей группы думали и говорили о нас позитивно. Поэтому награды (например, наклейка на доме) для тех, кто защищает общее благо, могут помочь. Другие члены группы также захотят получить такие и показать, что они сделали что-то хорошее;
 - Учреждения (Institutions) – потребность в доверии:
 - Органы власти управляют (некоторыми) общими благами, но люди будут им послушны только в случае, если будут им доверять. Чтобы завоевать доверие, власть должна быть справедлива; владеющие благами должны относиться к людям с уважением;
 - Стимулы (Incentives) - self-enhancing:¹⁴
 - Конечно, люди хотят получать награды и избегать наказаний. На этом основаны различные экологические компании – например, семьи, экономящие воду или имеющие солнечные батареи, получают дополнительные выплаты. Стимулирование дает лучшие результаты вместе с иными видами действий, но необходимо быть осторожным, действия эти не могут быть противоречивыми – например, основание для награды спорно, что может привести к утрате доверия по отношению к правительству.

6. Психология, социальные дилеммы и право

Юристы уже используют выводы общественных наук. Психологи исследовали явления, которые можно увидеть в зале суда: как внешний вид и поведение подсудимых и защитников влияет на приговор, как показания могут зависеть от вопросов, как определить ложь, как присяжные заседатели принимают решения.

¹⁴ Я сознательно пользуюсь английскими терминами, так как не нашла удовлетворительного перевода. Ближайшим кажется самовозвышение.

Я считаю, что контакт с психологией может быть полезным для права (и общества), также в области законодательства. Как я показала на примере общей собственности, ученые исследовали, как ведут себя люди в определенных ситуациях, каковы угрозы связанные с такими ситуациями и как их предотвратить. Если принять во внимание их выводы, при определении, например, условий использования общей собственности, может оказаться, что они будут функционировать гораздо лучше, а люди будут ими пользоваться.

Биографическая аннотация:

Adrianna Siebers – Университет им. Адама Мицкевича в Познани, студентка психологии и этнологии. Старается объединить знания в этих областях и найти время для волонтерства. Интересуется позитивной психологией, антропологией религии, психологией и антропологией музыки.

SUMMARY

Common good and the problem of co-ownership

The aim of the study is to evaluate the selected issues concerned with the functioning of the notion of common good in relation to the co-ownership. The author presents the construction of this two forms with a special emphasis on the social aspect of the common good in the public space.

KEYWORDS: common good, co-ownership, civil law

ЕКАТЕРИНА ЩЕРБАКОВА

Экономическое и юридическое понимание права собственности

В современном Российском гражданском праве очень широко используется понятие *собственность*, а если точнее *права собственности*. Существует масса определений данных понятий. Профессор и правовед Венедиктов Анатолий Васильевич говорит о собственности как об отношении к вещам *как к своим*¹. Советский лингвист и доктор филологических наук Ожегов Сергей Иванович дает своё определение: Собственность: 1. материальные ценности, имущество, принадлежащие кому-нибудь или находящиеся в полном распоряжении кого/чего-нибудь (личная, частная, государственная, коллективная собственность); 2. Право на владение кем/чем-нибудь (собственность на землю, на усадьбу, на имение, на рукописное наследство).

Из этого можно сделать вывод о том, что содержание собственности выражается в трех аспектах – владение, пользование, распоряжение, что указывается в п. 1 ст. 209 ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации)². Это значит, что хозяин собственности имеет право поступать со своим имуществом так, как ему заблагорассудится, но только если при этом собственник не нарушает закон и права других людей. Интересно то, что отношения собственности возникают при наличии, по крайней мере, двух субъектов. Например, Робинзон Крузо, у которого вещи находились в его личном потреблении, но которому не с кем было вступать в отношения по поводу них, вряд ли может называться собственником в полном смысле этого слова.

В своем докладе я рассмотрю понятие права собственности с юридической и экономической стороны, а также взаимосвязь этих двух понятий.

Начну с экономического понимания права собственности. В первую очередь, это отношение между людьми по поводу присвоения материальных и нематериальных благ. Это не вещь и не отношение человека к вещи. Следовательно, для рассмотрения права

1 А.В. Венедиктов, *Государственная социалистическая собственность*, Москва Лейден 1948, С. 25.

2 СЗ РФ. 1994 № 32, Ст. 3301.

собственности с точки зрения его экономического содержания, нужно проанализировать понятие *присвоение*.

Под присвоением обычно понимается противозаконное, необоснованное отторжение объекта собственности, имущественных и духовных ценностей от собственника, производимое лицом, желающим в результате такого отторжения стать собственником, владельцем ценностей. У данного понятия существует антоним *отчуждение*, а именно лишение субъекта возможности использовать какое-либо благо в собственном производстве и потреблении. Человек, приобретающий те или иные предметы, создающий новые вещи, присваивает их как *свое имущество, свою вещь*. Соответственно все другие лица относятся к этим вещам как к чужим, им не принадлежащим. Разделение вещей на *свои* и *чужие* возможно только между людьми, в человеческом обществе. Таким образом, экономическое понимание собственности можно определить как отношения между людьми по поводу материальных благ, принадлежащих одним лицам, и отстранение от них всех других лиц. Экономические отношения собственности есть всегда общественные отношения по присвоению орудий труда, средств производства и предметов потребления. Присвоение материальных благ означает, прежде всего, принадлежность вещей конкретным лицам или всему обществу, но присвоение характеризуется и как процесс создания новых предметов, их переработки, преобразование, а также переход от одних лиц к другим путем распределения, обмена, потребления. Присвоенность, принадлежность конкретных вещей определенным лицам означает возможность этих лиц использовать эти вещи по своему усмотрению, по своей воле и в своем интересе. Можно сказать, что собственность в ее экономической сущности означает полное хозяйственное господство лица над принадлежащим ему имуществом.

Хотелось бы выделить два аспекта распоряжения собственностью в экономическом аспекте. Во-первых, это безусловное, суверенное распоряжение факторами и результатами производства, когда собственник управляет хозяйством по своему усмотрению и независимо ни от кого. Во-вторых, условное распоряжение факторами, которое предполагает оперирование ими уполномоченными собственником лицами.

Исторически первоначально понятия *собственник* и *предприниматель* совпадали. Собственник сам планировал, организовывал производство, распоряжался его результатами. Однако постепенно, в частности в связи с развитием кредита, объединение в одном лице собственника и предпринимателя стало разрушаться: любой коммерческий банк не является собственником большей части капитала, которым он распоряжается и пускает в оборот. Ещё более отчетливо отделение собственности от предпринимательства обнаруживается в акционерных обществах, где собственник – акционер фактически отделен от распоряжения, управления, хозяйственного использования имущества акционерного общества.

Очень интересную мысль в XIX веке выразил идеолог социализма Пьер Жозеф Прудон. Он говорил, что *собственность – это кража*³. Естественно, данная мысль была негативно воспринята современным обществом и многими учеными, но, по моему мнению, данное определение помогает понять одну важную деталь: если один член общества владеет какой-то вещью, то другой лишен возможности ее иметь. Следовательно, юридическую сторону отношений собственности составляют имущественные отношения, которые закрепляют принадлежность существующего имущества за определенными физическими или юридическими лицами, а также дают возможность его приобретения другими лицами на основании договора купли-продажи, мены, дарения, завещания и т.п. Юридическое закрепление права собственности позволяет зафиксировать и законодательно регулировать данные отношения. Следовательно, мы делаем вывод о том, что юридическое и экономическое понимание права собственности связаны между собой и находятся в определенном взаимодействии.

В экономической науке существует так называемая теория прав собственности, автором которой является американский экономист Рональд Коуз. Он предложил рассматривать не собственность как таковую, а отдельные составляющие права собственности. С этой точки зрения собственность представляет собой некий набор (*пучок*) прав, а именно:

- владение – это начальная форма собственности, отражающая юридическое, документальное закрепление субъекта собственности, его право на обладание неким благом;
- пользование – это применение объекта собственности в соответствии с его назначением и по усмотрению и желанию пользователя (фермер владеет и пользуется своей землей; хозяин гостиницы владеет, но, как правило, не пользуется ею);
- распоряжение – право исключительного физического контроля над благами, право и возможность использовать объект собственности любым желаемым образом вплоть до ее отчуждения (продажа, дарение, обмен, сдача в аренду, залог и т.п.).

Эти первые три права собственности были известны ещё со времен римского права. В современных условиях к ним добавились:

- право применения полезных свойств, благ для себя;
- право управления – возможность решать, кто и как будет обеспечивать использование благ;
- право на доход – возможность обладать результатами от использования благ;

3 П.Ж. Прудон, *Что такое собственность*, Москва 1998, С. 14.

- право суверена – право на отчуждение, потребление, изменение или уничтожение блага;
- право на безопасность – право на защиту от экспроприации благ и от вреда со стороны внешней среды;
- право на передачу благ в наследство;
- право на бессрочность обладания благом;
- запрет на использование блага способом, наносящим вред внешней среде;
- право на ответственность в виде взыскания, т.е. возможность взыскания блага в уплату долга.

Стоит сказать о том, что собственность является следствием исторического развития общества и, в первую очередь, экономической жизни людей. Собственность характеризует отношение человека к миру окружающих его вещей как *к своим* или как *к чужим*. Такое отношение может формироваться на основе сложившейся морали, традиций, норм, правил, законов, принятых в данном обществе. Поэтому собственность рассматривают, прежде всего, как юридическую, правовую категорию, и поэтому юристы совершенно справедливо говорят не о собственности вообще, а о праве собственности.

Право собственности в юридическом аспекте следует понимать в субъективном и объективном смысле. Право собственности в объективном смысле – это совокупность правовых норм, которые закрепляют и охраняют отношения по владению, пользованию и распоряжению определенными вещами в интересах гражданина (частная собственность), или в интересах государства (государственная собственность), либо коллектива (коллективная собственность). Из понятия права собственности в объективном смысле следует, что данные нормы регулируют не отношения собственности, а те отношения, которые устанавливают принадлежность того или иного имущества определенным лицам. Право собственности в субъективном смысле – это возможность лица по своему усмотрению и независимо от кого-либо владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом в пределах, установленных законом. Право собственности в субъективном смысле предоставляет собственнику по своему усмотрению использовать имущество в своих целях, не запрещенных законом. Лицо, владеющее имуществом, вправе передавать его другим лицам или отчуждать. Таким образом, если право собственности в объективном смысле рассматривается как совокупность правовых норм, запрещающих и охраняющих отношения по владению, пользованию и распоряжению, то право собственности в субъективном смысле всегда принадлежит определенному лицу или лицам и относится к конкретному имуществу, что по существу и определяет их отличие друг от друга.

Собственность в юридическом понимании – юридическое право на принадлежность материальных и духовных ценностей, денежных средств их собственникам, право на владение, использование и распоряжение объектом собственности. Эти права закрепляются в нормах законов. Таким образом, говоря о собственности, важно различать

право собственности и отношение собственности. Право собственности выражает отношение к вещи *как к своей* или *как к чужой*, т.е. строится по формуле: субъект (собственник) => объект (имущество).

Однако мы не ответили на вопрос: *Откуда берется право собственности и как оно реализуется?* Ответ содержится в рассмотрении собственности как экономического отношения между людьми по поводу вещей, его можно выразить формулой: субъект собственности => имущество => иные субъекты (другие владельцы или собственники). При выделении экономических отношений собственности, мы можем обнаружить две его стороны: субъект (собственник) и объект (имущество).

Юридическое и экономическое содержание собственности взаимосвязаны и взаимообусловлены, т.е. собственность является одновременно категорией и экономики, и права. Регулирование и защита права собственности является необходимым условием нормального функционирования экономической системы, прежде всего рыночной экономики. Отношения собственности не существуют без правового оформления, но они не существуют и без экономического взаимодействия между людьми по поводу объектов собственности. Экономическая сторона отношений собственности характеризует ее содержание, а правовое оформление – юридическую форму собственности.

Как известно, в Российской Федерации, а так же в ряде других стран, таких как Германия, Франция, Великобритания, Соединенные Штаты Америки, Польша и другие, преобладает рыночная экономика. Для создания эффективной рыночной системы, основанной на конкуренции, необходимо законодательное закрепление трех различных объектов собственности. Во-первых, недвижимое имущество, во-вторых, движимое имущество и, в-третьих, интеллектуальная собственность.

В соответствии со ст. 130 ГК РФ к недвижимому имуществу относятся земельные участки, участки недр и все, что прочно связано с землей, то есть объекты, перемещение которых без несоразмерного ущерба их назначению невозможно, в том числе здания, сооружения, объекты незавершенного строительства. К недвижимым вещам относятся также подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. Законом к недвижимым вещам может быть отнесено и иное имущество. Один из важнейших объектов недвижимости – земля. Частная собственность на землю является основой большинства личных состояний в рыночной экономике. Право собственности, которое может быть защищено в суде (если это необходимо), является основой для сделок по купле-продаже недвижимости.

Движимое имущество включает в себя имущество, допускающее его свободное перемещение: машины, оборудование, инструменты, автомобили, мебель, ценные бумаги и т.д. Право собственности на эти ценности может быть подтверждено соответствующими документами. При смене владельца в документы вносят соответствующие изменения. Некоторая не слишком дорогая движимость (мебель, инструменты и т.д.)

передаётся из рук в руки без специального юридического оформления. Для подтверждения прав собственности достаточно чеков или счетов из магазина.

Интеллектуальная собственность выступает в виде произведений, исполнений, изобретений и других продуктов творческого труда человека. Патент или сам факт создания такого объекта порождают интеллектуальные права на него. Они необходимы для стимулирования творчества и новаторства, а надёжная защита интеллектуальных прав является одним из важных условий существования рыночной экономики. Это объясняет, почему возникают волнения в обществе в связи с появлением такого явления как *пиратство*. *Пиратство* имеет место по отношению к материалам, интеллектуальные права на которые защищены законом. *Пираты* получают доход от использования чужой интеллектуальной собственности, не неся расходов на её создание. Существует мнение, что данное явление снижает стимул к изобретательству и другой творческой деятельности.

Рассмотрев объекты собственности, следует также уделить внимание субъектам. Субъектами собственности могут выступать отдельные лица, их объединения, социальные группы, которые присваивают те или иные блага. В соответствии со ст. 212 ГК РФ субъектами права собственности могут быть граждане, юридические лица, Российская Федерация, её субъекты и муниципальные образования.

Вся система отношений собственности порождает у людей экономические и материальные интересы. Главный среди них, наверное, состоит в том, чтобы всемерно умножать находящиеся в собственности блага в целях лучшего удовлетворения потребностей. Однако движимый собственническими интересами человек может вступать в конфликт с интересами всего общества. В этом случае только государство и право могут регулировать поведение хозяйственных субъектов и предотвращать противоречия.

Все субъекты по отношению к своей собственности имеют одинаковый объем правомочий. Существуют следующие виды права собственности исходя из субъектного состава. Во-первых, это право государственной собственности (федеральной или собственности субъектов РФ), во-вторых, это право муниципальной собственности и, в-третьих, право частной собственности. Субъектами права частной собственности являются граждане, юридические лица. Субъектами государственной и муниципальной собственности выступают публично-правовые образования в целом.

Законодатель закрепил, что в гражданских правоотношениях все субъекты являются равными между собой. В соответствии со ст. 8 Конституции РФ, в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. Однако законом могут устанавливаться определенные ограничения права частной собственности по отношению к публичной. Например, могут быть определены виды имущества, которые находятся исключительно в государственной и муниципальной собственности.

Статья 35 Конституции РФ закрепила положение о том, что право частной собственности охраняется законом. Граждане могут быть субъектами права частной собственности независимо от возраста, состояния здоровья, дееспособности.

ГК РФ установил правило, согласно которому в собственности граждан может находиться любое имущество, не запрещенное законом. Конечно же, имеются исключения, которые обусловлены, в частности, соображениями общественной безопасности, а также особой значимостью некоторых объектов. Но все ограничения права собственности могут устанавливаться только федеральными законами.

Подводя итог, можно сказать о том, что собственность представляет собой неразрывное единство экономики и права. Отношения собственности не существуют без правового оформления, но они не существуют и без экономического взаимодействия между людьми по поводу объектов собственности. Экономическая сторона отношений собственности характеризует ее содержание, а правовое оформление – юридическую форму собственности.

Главные отличия юридического и экономического понимания права собственности состоят в том, что, во-первых, экономика как наука изучает не право собственности как таковое, а процесс производства материальных благ. Во-вторых, понятие *присвоение* является важным в экономической характеристике собственности, так как означает, что присвоение (приобретение) благ одним участником предполагает отчуждение (изъятие) этого блага у другого. Присвоение-отчуждение означает обмен. В-третьих, в экономическом понимании права собственности больше значения уделяется объекту присвоения. Он определяет положение субъекта в общественном производстве, например, наемного работника или владельца. В-четвертых, экономическим признанием собственности являются доходы, которые принимают различные формы – заработной платы, прибыли, ренты и т.д. и тесно связаны с имущественным положением собственников. Получение (присвоение) дохода связано с присвоением факторов и результатов производства.

Одним из главных признаков, отличающих экономическую природу права собственности от юридической, является то, что само присвоение определяется процессом производства. Таким образом, понимание собственности как основы процесса производства, создающего условия для присвоения благ и доходов, – главный отличительный признак экономического содержания собственности от юридического.

В заключение стоит сказать о вопросе относительно того, является ли право собственности *святыней*. Существует множество точек зрения по этому поводу. Я склоняюсь к тому, что в современном обществе право собственности является неприкосновенным, *святыней*. Во многих странах мира, а именно в Австрии, Дании, Польше, Лихтенштейне, Монако, Исландии, Болгарии, Литве, Эстонии, Украине и многих других, право частной собственности является нерушимым и охраняется законом. Так,

согласно ст. 43 Конституции Ирландии, принятой 29 декабря 1937 года, право на частную собственность определяется следующим образом: *Государство признает, что человек, в силу того, что он разумное существо, имеет естественное, предшествующее позитивному праву право частной собственности на внешние блага*⁴. Однако, существует негативное отношение к данной позиции, например, со стороны Ватикана. Папа Иоанн Павел II в своем труде *Centesimus Annam* говорил:

Церковь учит, что собственность не является абсолютным правом, поскольку в ее природе как человеческого права содержится ее собственное ограничение. Частная собственность, по самой своей природе, обладает и социальным характером, основу которого составляет общее предназначение земных вещей⁵.

В одной из своих энциклик 1997 года *Sollicitudo Rei Sociales* Папа Иоанн Павел II писал следующее:

Необходимо еще раз напомнить этот необычный принцип христианской доктрины: вещи этого мира изначально предназначены для всех. Право на частную собственность имеет силу и необходимо, но оно не аннулирует значения этого принципа⁶.

Тем не менее, законодатель склоняется к тому, что право на частную собственность является неотъемлемой частью современного мира и, следовательно, мы имеем все основания считать право собственности *святыней*.

Биографическая аннотация:

Екатерина Щербакова – Иркутский государственный университет, Юридический институт, отделение международного права. Научные интересы: международное публичное право, международное частное право, международное экологическое право, сравнительное правоведение, сравнительный анализ судебных систем стран Европы, в частности сравнение Конституционного правосудия судебных систем России и Германии.

4 Конституции Ирландии от 29.12.1937 [online]. The Constitutional Court of the Republic of Armenia [Доступ: 2013-10-16]. Доступны на: <http://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/ireland/irelnd-r.htm>.

5 Цит. по: Т.П. Евдокимова, В.В. Титов, *Право собственности, в том числе государственной (по конституциям государств Европы)*, Труд и социальные отношения 2/2005, С. 135.

6 Цит. по: Т.П. Евдокимова, В.В. Титов, *Право собственности...*, С. 135.

SUMMARY

Property right in the economical and legal perspective

The study aims at an analysis of the property right law system in the civil law of the Russian Federation. Presenting the construction of the right to property the author take into consideration both the economical and legal perspective.

KEYWORDS: property right, civil law, economical perspective, legal perspective

KRZYSZTOF WESTFAL

Servitude of Transmission - Restriction or Exercise of Ownership Right?

Servitude of transmission is quite a new institution in the Polish legal system. On 30th May 2008 the Polish Parliament passed a law to change the Polish Civil Code (Hereinafter: PCC). Due to the mentioned act, on 3rd August 2008, servitude of transmission was implemented in the PCC in articles 305¹-305⁴. The most important provision among the mentioned ones seems to be article 305¹ which defines what this institution actually is. Therefore, article 305¹ states that

immovable property may be encumbered for the benefit of an entrepreneur who intends to erect installations referred to in article 49 § 1 or who owns such installations, with a right consisting of the entrepreneur being entitled to use the encumbered immovable property within a specified scope, in compliance with the purpose of these installations.

It might be unclear to some foreigners why such a regulation was needed in the first place. Apparently, the necessity was indicated by historical issues. After WW II, in the first years of the communism era in Poland, huge importance was placed on the process of mass electrification and access to other services (e.g. gas and water). In that matter, on 28th June 1950, the law on common electrification of villages and settlements was passed by the Parliament¹. Nevertheless, despite the legal regulations, the process of electrification was quite disorganized, and very often violated the law of ownership. The transmission facilities were constructed on common people's grounds, even without their permission. Since the collapse of Communism and during the era of political and economic system transformation, the legal awareness of society has significantly increased. People became aware of the power of ownership and they wanted to get rid of those in-

¹ Dz.U. 1950, No. 28, item 256; Dz.U. 1974, No. 10, item 64.

stallations. Though it is beyond any doubt that maintaining the integrity of the national supply system of any service (electricity, water, gas or any other) lay in the best interests of the public. To keep the supply system integral and to meet the rules of ownership, and therefore, the rights of citizens, the Polish legislator decided to create the institution of transmission servitude.

By way of reminder, according to the PCC article 305¹ the institution of transmission servitude is based on the following statement

immovable property may be encumbered for the benefit of an entrepreneur who intends to erect installations referred to in article 49 § 1 or who owns such installations, with a right consisting of the entrepreneur being entitled to use the encumbered immovable property within a specified scope, in compliance with the purpose of these installations.

The most important issues that appear in accordance with the content of the discussed institution are the following: who the entrepreneur actually is in the context of the given institution, what does it mean that transmission installations belong to the entrepreneur, and finally what does it mean that the entrepreneur is entitled to use the encumbered immovable property within a specified scope and how does it limit the right of ownership to this estate.

The only entity which a servitude of transmission may be established for is the entrepreneur. According to Polish law, the entrepreneur can be any entity, either a legal person, natural person or an organizational unit without a legal personality, if it conducts business or professional activity on its own behalf. These activities, however, shall be related somehow to the use of, and in many cases to the owning of, installations mentioned in PCC article 49 §1 of. Even the capacity of being granted with servitude of transmission is related to the use of these installations which are substances by nature and only the entrepreneur, thus the entity, and not the enterprise (as an organized collective of things), can be granted with it².

Those installations defined in article 49 §1 of the PCC are the facilities that are involved in the delivering or removing of fluids, steam, gas, electricity, and so forth. According to article 49 §1 of the PCC, those installations shall not to be regarded as a component of an immovable property, if they are a part of an enterprise. This regulation is essential for the whole construction of servitude of transmission, because it excludes an old Roman rule *superficies solo cedit* (for everything which is placed upon and attached to the ground, the ground belongs to it). In fact, this Roman based rule became a rule in the Polish legal system and it is now stipulated in article 191 of the PCC. However,

2 G. Bieniek, *Urządzenia przesyłowe. Problematyka prawna*, Warszawa 2009, p. 11.

due to article 49 §1 of the PCC, transmission installations are exempt from the common rule, and those installations belong not to the owner of the immovable property they are built on, but to the owner of the enterprise which they are connected to, so, to the entrepreneur himself. This regulation gives the privilege to the public interest rather than the private one. Even if it is well known that the right of ownership is strong, from the wider point of view it would be very adverse if the national supply of water, electricity etc. were to be jeopardized because of its exercising.

The idea of transmission servitude is to reconcile conflicts of interest. Therefore, the right to ownership of the immovable property belongs to the right owner of this property, but at the same time the *entrepreneur remains entitled to use the encumbered immovable property within a specified scope, in compliance with the purpose of these installations*. The content of servitude of transmission is about the entrepreneur using someone else's property (the servient estate) to the extent necessary for the proper functioning of the transmission installations, thus ensuring that the proper operation of these installations will be relevant to the content of the servitude. On the one hand, the Landlord must agree and not interfere with the existence of transmission installations and with all the activities of the entrepreneur aimed at maintaining those installations. What may probably be the most problematic issue for landlords appears to be the fact that the landlord must not build anything close to the transmission installations – in the area which is called the *protection zone* (which is regulated by other branches of Polish law)³. On the other hand, the entrepreneur shall not make use of his right in a way that is burdensome to the landlord and may not do anything else other than enter the servient estate for purposes linked with the correct operation of transmission services, such as checking their technical condition or repairing them. In any case, the way of performing servitude of transmission should be defined in the proper deed that established the right itself. If it is not defined like that, it shall be determined by the *principles of conduct in the community*⁴ and in accordance with local custom.

Transmission servitude appears to be a form of land servitude. This may be created in numerous ways, such as a contract between the owner of an immovable property or an entity granted with perpetual usufruct to this immovable property on one hand, and the entrepreneur on the other. Other ways to establish such servitude are: a constitutive judgment of the court, an administrative decision of the competent authority or acquisitive prescription (usucaption) of such a right⁵.

3 As will be presented further in this work, zones of protection are usually regulated in regulations, so the legal acts are issued due to implementation of the laws devoted to a particular type of transmission.

4 *Pol. zasady współżycia społecznego*, general clause regulated in article 5 of PCC; Z. Radwański, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2004, p. 38–41.

5 A. Kidyba *et. al.*, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Art 305¹ Warszawa 2012. Komentarz Lex.

Legal grounds for establishing servitude of transmission by concluding a contract or upon a constitutive judgment of the court are provided by article 305² of the PCC. Article 305² §1 states that

if the owner of the immovable property refuses to enter into a contract on the establishment of transmission servitude, while the servitude is necessary for a proper use of the installations referred to in article 49 § 1, the entrepreneur may demand that the servitude be established for an adequate remuneration.

While article 305² §2 provides that

If the entrepreneur refuses to enter into a contract on the establishment of transmission servitude, while the servitude is necessary for use of the installations referred to in article 49 § 1, the owner of the immovable property may demand an adequate remuneration for establishing the transmission servitude.

According to the given regulation, it is beyond any doubt that transmission of servitude could be established, in the first place, by the contract and only if one of the parties refuses to conclude such a contract, might the other party demand the establishment of such a right by the court. However, according to article 305², establishing servitude of transmission by concluding a contract shall be a rule. It is notable that a declaration of the will of a landlord should be given in the form of a notarial deed, though a declaration of an entrepreneur may be given in any form. In any case, servitude of transmission shall be published in the land and mortgage register. To make an entry in such a register, it is enough to submit to the court only the landlord's declaration of will⁶.

As was mentioned above, only in a case where one party refuses to conduct a contract, may the other party have a legal claim to demand the establishment of servitude of transmission by the court. Such a claim may be submitted to the court either by a landlord or an entrepreneur. Though in both cases two conditions must be met. Firstly, the servitude must be established due to the use of *transmission installations*. The entrepreneur may demand the establishment of transmission servitude when it is needed for proper use of transmission installations (e.g. when repair is required). The landlord, on the other hand, may demand establishment of such servitude if his right of ownership is going to be violated due to any use of transmission installations and not only improper usage. The second condition that must be met is that establishment of transmission

6 Resolution of the Supreme Court of Poland 2011-02-17, IV CSK 303/10.

servitude shall include adequate compensation for the landlord. In any case, a case for establishing transmission servitude shall be heard in non-litigious procedure by the court, which is competent due to the location of the immovable property. According to the later added article 626 §3 of the Polish Code of Civil Procedure, the provisions regulating the establishment of the servitude of a necessary road shall apply *mutatis mutandis* to the establishment of the transmission servitude.

The third way in which servitude of transmission may be established, is by issuing an administrative decision. The competent authority to do so is The District Head (pol. *Starosta*) on behalf of separated regulations⁷. The procedure by which this servitude may be established, is, in fact, one of the forms of expropriation. Because of that, such a right might be created only due to the importance of the public interest. It is beyond any doubt the public interest lies in ensuring local and/or national community access to water, electricity, etc. Moreover, such public interest shall be included in spatial plans or other administrative acts⁸, or in accordance with a *decision to establish the location of a public investment*. What is essential in this matter though, is the fact that since the application of an administrative procedure is only a subsidiary means of establishing such servitude, it must be proceeded by the negotiation process with the landlord. However, if the creation of transmission installations and following that, the establishment of transmission servitude, makes the immovable property useless to the landlord or hinders the further and proper use of it, the landlord may demand from the Head of the District the buying out of the immovable property on behalf of the state. A decision issued by the Head of the District is sufficient to make an entry in the land and mortgage register.

The last, and definitely not least, way to establish transmission servitude is an acquisitive prescription of it. The acquisitive prescription of transmission servitude is probably the most problematic issue that occurs in accordance with the given subject. In reference to article 352 §1 of the PCC, *a person who effectively uses someone else's immovable property within the scope which corresponds to the content of servitude, shall be the possessor of the servitude*. In fact, if the entrepreneur uses a permanently visible transmission installation which is located on someone else's immovable property, he becomes a servitude holder. If this state lasts long enough, it may lead to an acquisitive prescription of such servitude. Usually, if the entrepreneur uses someone else's property he shall be recognized as an entity acting in bad faith. This means that the term needed for acquisitive prescription of transmission servitude is 30 years (article 292 in accordance with article 172 of the PCC).

7 Comp. art. 124 and others of The Law of August 21st 1997 on immovable property policy (pol. *Ustawa o gospodarce nieruchomościami*), Dz.U. 1997, No 115, item. 741.

8 Especially the decision to establish the location of a public investment and the decision on building conditions and area development, all of them regulated by The Law of March 27th 2003 on Spatial Planning and Development (pol. *Ustawa o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym*), Dz.U. 2003, No 80, item 717.

The issue that causes the biggest number of doubts in both theoretical and practical considerations is how to calculate such terms. Prescriptive acquisition of transmission servitude in the Case Law of the Polish Supreme Court is regarded as a means of ensuring public order, as it removes the long-standing discrepancy between the actual state of ownership and the legal status of it. As was said before, the institution of transmission servitude was implemented in Polish law on 3rd August 2008. It does not mean that before that date no such institution as servitude in general existed. Beginning from June 17th 2003 and the Resolution of the Polish Supreme Court⁹, common Polish courts started to establish the prescriptive acquisition of a right called *land servitude for the purpose of transmission installations*. It should be stipulated that *land servitude for the purpose of transmission installations* has a different legal character than servitude of transmission and is based on a slightly different constructional assumption. Here, some doubts and discussions appear. As the institution of transmission servitude was created in 2008, prescriptive acquisition of it may not happen before a 30 year long period, which is not until 2038. This restricted property right did not exist before, so it may not be acquired earlier. However, if this 30 year long period ends before 2008, the entrepreneur might have an acquisitive prescription of *land servitude for the purpose of transmission installations*. If the period for acquisitive prescription shall end between 3rd August 2008 and 3rd August 2038, only prescriptive acquisition of transmission servitude might be acquired, but in this case it may not happen before 3rd August 2038. This implies that the 30 year period shall be extended to 3rd August 2038 as the appropriate period.

To make this situation even more complicated, it should be stipulated that the right to submit a claim for establishing a servitude of transmission, as in the case of any other servitude, lapses after 10 years for the landlord and after 3 years for the entrepreneur, from the moment when this claim became enforceable¹⁰. In fact, it means that the claim for establishing the *land servitude for the purpose of transmission installations* may not be submitted to the court after 3rd August 2018 in the case of the landlord, and not after 3rd 2011 in the case of the entrepreneur .

Like every other right, servitude of transmission may also come to an end. Expiration of transmission servitude may happen due to a few facts. The first fact is liquidation of the enterprise that the transmission servitude belongs to. What shall be emphasized here, according to article 305³ of the PCC, despite the fact that the one who is granted with transmission servitude is an entrepreneur, is that for the expiration of his right it is enough for the enterprise to be liquidated and not the entrepreneur¹¹. Other facts that

9 Resolution of the Supreme Court of Poland 2003-01-17, III CZP 79/02.

10 S. Rudnicki, G. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga druga. Własność i inne prawa rzeczowe*, Warszawa, 2009, p. 572.

11 B. Rakoczy, *Służebność przesyłu w praktyce*, Warszawa 2009, p. 113–116.

cause expiration of transmission servitude are: a disclaimer of such servitude (article 246 of the PCC), confusion (article 247 of the PCC), not exercising rights within the term given by the law (article 293 of the PCC in accordance with article 305⁴ of the PCC) and abolition of servitude by a constitutive judgment of the court (article 294 and 295 of the PCC)¹². According to article 293 §1 of the PCC, *land servitude expires due to not exercising it for ten years*. The court may decide to abolish servitude in two cases. According to article 294 of the PCC,

the owner of the encumbered immovable property may demand the land servitude to be abolished for remuneration, where, due to a change of circumstances the servitude has become particularly onerous for him and it is not necessary for the proper use of the dominant immovable property.

The other case, where the court may decide to abolish transmission servitude, is when the land servitude has lost all of its meaning to the dominant tenant. In that case, the owner of the servient estate may demand the abolition of servitude without paying a remuneration. In any case, after expiration of transmission servitude, the entrepreneur shall remove transmission installations from the servient property, or compensate damage caused by not removing these installations¹³.

An issue of great importance is also the establishment of the already mentioned *zone of protection*. In the current state of law, this term is not regulated unanimously. Unfortunately, this institution is regulated in many different legal acts and is also named differently. In general, however, the idea of protection zones is always the same. *Zone of protection* or *controlled zone* is a designated area on both sides of the axis of the network of transmission installations, in which the operator of such a network takes steps to prevent activities which could have a negative impact on the sustainability and the proper use of these devices¹⁴. In *protection zones* there shall be no buildings of any kind set up, no regular stores or warehouses arranged, no trees planted, and no action which might endanger the sustainability of the transmission network during its operation shall be taken. Sometimes, with the consent of the network operator, certain uses may be arranged in such a zone, e.g. car parks.

¹² A. Kidyba *et. al.*, *op. cit.*, Art. 305³ p.4.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Regulation of the Minister of Economy of 30th of July 2001 on technical conditions to be met by gas networks (Rozporządzenie Ministra Gospodarki w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać sieci gazowe) Dz.U. 2001, No 97, item 1055, issued due to implementation of art. 7 par. 2 p. 2 of The Legal Act of July 7th 1994 the Building Law (Pol. Ustawa Prawo Budowlane) Dz.U. 2000, No 106, item 1126.

The areas of protection zones follow the axis of the network of transmission installations and their width depends on the transmission power of such a network. For example, according to gas transmission networks, if the diameter of the gas pipe is up to 150 cm the *protection zone* is 4 meters on both sides of an axis which gives 8 m in total, and if the gas pipe diameter is 500 cm, the *protection zone* is 12 meters on both sides of an axis which gives 24 meters in total. As an example, if a 100 meter long gas pipe with a diameter of 500 cm goes through someone's property, the area of the protection zone is 2.400 m. In this particularly big area, the landlord must not build anything, which in practice may mean that he can virtually not use his own immovable property at all.

A little more attention should be paid here to the regulations that refer to *protection zones*. As the author has already mentioned, there is a lack of one complex legal act which would deal with the described matter. Provisions that regulate an institution of *zones of protection* are placed in many different legal acts on different hierarchies, and usually they are included in the acts of ranks of regulations. These regulations are legal acts issued due to implementation of the laws devoted to a particular type of transmission (respectively: gas, water, petroleum etc.). Among these acts, worthy of mention are the following: Regulation of the Minister of Economy of 30th July 2001 on technical conditions to be met by gas networks, issued due to the implementation of the Legal Act of 7th July 1994 – the Building Law, Regulation of the Minister of Economy of 21st November 2005 on technical conditions to be met by bases and stations of liquid fuels, pipelines for the long distance transport of crude oil and petroleum products and their location¹⁵. In the case of the most frequently appearing problem in practice, which are definitely electrical transmission installations, there is no such regulation at all. Very often though, provisions regulating the matter of *protection zones* may be found in spatial plans due to separate provisions¹⁶. Though this is not the common rule.

The last, but definitely not least, issue that shall be discussed in this paper, is remuneration for establishing a transmission servitude. As for the rule, such remuneration shall be paid to the landlord by an entrepreneur as a substitute for compensation for the damages suffered by the landlord¹⁷. It is beyond any doubt that if an entrepreneur sets up transmission installations on someone else's property, in consequence, the ability of the landlord to use his property is seriously limited. This results in substantial damage

15 Regulation of the Minister of Economy of November 21th 2005 on technical conditions to be met by bases and stations of liquid fuels, pipelines for the long distance transport of crude oil and petroleum products and their location (Pol. Rozporządzenie Ministra Gospodarki w sprawie warunków technicznych, jakim powinny odpowiadać bazy i stacje paliw płynnych, rurociągi przesyłowe dalekosiężne służące do transportu ropy naftowej i produktów naftowych i ich usytuowanie) Dz.U. 2005, No 243, item 2063, issued due to implementation of art. 7 par. 2 p. 2 of The Legal Act of July 7th 1994 the Building Law.

16 Dz. U. 2003, No 80, item 717.

17 A. Kidyba *et. al.*, *op. cit.*, Art. 305³.

to the landlord's assets. By establishing a transmission servitude, the entrepreneur gains a lot of rights, which at the same time obliges the landlord not to interfere with actions that lead to the entrepreneur exercising his rights. Where the rights of the landlord are seriously restricted, the awarding of remuneration to the landlord shall be considered wholly legitimate.

As previously stated, awarding remuneration to the landlord is a rule, but it doesn't have to happen in all cases. For example, the landlord may disclaim the remuneration. Also, no gratuity is paid in the case of the entrepreneur acquiring servitude of transmission by acquisitive prescription. Usually, the remuneration is a one off payment. It may, however, take the form of a periodic allowance¹⁸.

Unfortunately, according to the law there are no direct indicators given that could help to define the amount of such an allowance. According to some opinions from the doctrine, provisions about remuneration payable to the owner of the servient estate due to the establishment of servitude of passage shall be applicable *per analogiam*.

In general, to define the amount of remuneration for the establishment of a transmission servitude, a few things shall be taken into a consideration. In the opinion of the author, the most important ones are the following: reduction in the value of a servient property, damages suffered by the landlord because of lost profits, the scope in which the landlord's ownership rights are restricted and the intended use of the property (e.g. building or agriculture)¹⁹. It has been already mentioned that because of transmission installations' location on a land parcel, some *protection zones* are to be established. Usually, in this *protection zone*, no building can be built. If, for example, an entrepreneur had set up a line of transmission installations that go directly through the middle of someone else's immovable property, it means that, in fact, the landlord must not build anything on his own property at all. As a result, the property loses all of its meaning and value to the landlord. In this case, remuneration for transmission servitude shall be much higher than for analogous transmission installations set up on a farm, where the farmer may in some cases still plants his crops and earn income. Nevertheless, in accordance with the doctrine of Polish Law, the indicator that shall be considered first is the increase in the enterprise's value thanks to the gained transmission servitude, which equals the profit that the entrepreneur gains²⁰. In the opinion of the author, criteria that are featured by the doctrine are really difficult to determine and in essence are irrelevant to the remuneration to be paid to the landlord and the servitude of transmission itself.

The amount of remuneration that is to be fixed corresponds to market values. Usually, these prices are indicated in relevance to prices for land leases in the nearest local area.

18 G. Jędrejek, *Roszczenia związane z budową urządzeń przesyłowych na cudzym gruncie*, Monitor Prawniczy, No. 1, 2009, p. 28.

19 E. Gniewek *et. al*, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2008, p. 475.

20 A. Kidyba *et. al.*, *op. cit.*, Art. 305².

As was stipulated, remuneration for establishing a servitude of transmission shall be paid in all cases, except when acquired by acquisitive prescription. This opinion is based on the nature of the given institution²¹. Although some new opinions appear. According to one of them, in the case of acquisitive prescription of transmission servitude, claims for paying remuneration for the use of such property in the time period before the acquisitive prescription of transmission servitude was even granted, has not lost its basis, and such remuneration shall be granted²². For example, if the term needed for acquisitive prescription lasted 30 years, and this term ended in 2010, from this time on an entrepreneur has its servitude for free. But even so, an entrepreneur had been using someone's property for 30 years with no legal basis for it. In that case, the landlord could have a claim for remuneration for the stated period. However, there is a 10 year term for statute of limitation. Taking this into account, if transmission servitude was granted on the basis of acquisitive prescription in 2010, and the landlord wants to submit his claim in 2013, that 10 year lasting statute of limitation shall be considered, and he may demand remuneration only for seven years from 2003 to 2010.

In respect of many *de lege ferenda* postulates, there are ongoing works aimed at passing one, complex law concerning issues of: building new transmission installations, remuneration and damages that shall be paid to landlords, issues regarding the establishment of protection zones, establishing acquisitive prescription of servitude of transmission and others²³.

As has been stressed a few times in the pages of this work, the institution of transmission servitude was implemented into the Polish legal system due to the need for reconciliation of a huge conflict of interests that seemed to have been increasing for years. *Prima facie* it may look like servitude of transmission was introduced only in favor of the public and big companies' interests, which lie in keeping the integrity of the national service supply system - an issue of great importance for the whole nation. It would be a very unfortunate situation if all the infrastructure operating in the framework of the service supply system were totally reconstructed at one moment nationwide. This could lead to paralysis of the state and that is why servitude of transmission was developed in the first place. It is beyond any doubt that transmission servitude limits the right of ownership in its purest form. However, when contrasting the legal status of landlords from the times before transmission servitude were even implemented and the vast range of pow-

21 E. Janeczko, *Zasiedzenie*, Zielona Góra 2002, p. 10.

22 P. Zamoch, *Zasiedzenie służebności przesyłu i służebności gruntowej – uwagi praktyczne*, p. 8-9 [online]. Przesył energii [access: 2013-10-28]. Available at: <http://przesyl-energii.pl/pobierz.php?opcja=2>.

23 Governmental (Cabinet) project of The Law on transmission corridors [online]. Official website of Cabinet of Republic of Poland [access: 2013-10-28]. Available at: <http://bip.kprm.gov.pl/kpr/form/r354,dok.html>.

ers they have today, servitude of transmission may be considered as, at least, a favorable adjustment.

Biographical reference:

Krzysztof Marcin Westfal - Alumnus of Adam Mickiewicz University's Law Faculty and Estern-Knowledge Faculty, member of Solicitors Bar in Poznan. Employee of Solicitor's firm in Poznan, concerned with work on foreign investments in Russia and other countries of the former Soviet Union.

SUMMARY

Servitude of transmission - restriction or exercise of ownership right?

The study aims at an analysis of the servitude of transmission as a form of restriction of the ownership. The author is contrasting the legal status of landlords from the times before servitude of transmission was established and after its implementation. The author is of the opinion that taking into consideration the vast range of powers the landlords have today, servitude of transmission may be treated as, at least, a favorable adjustment.

KEYWORDS: servitude of transmission, ownership right, civil law

Property in Some European Constitutions

The right of property is possibly one of oldest rights which has been created by human civilization – actually, even some animals are probably aware of the concept. However, the precise extent of property rights is not, and in fact, has never been very clear. There are many aspects and many opinions on each of them. Doubts include questions like: What is the *core* of the property right? Where does it come from? Why do we respect other's property rights? What are the restrictions? Since basic human rights in the modern world are guaranteed in constitutions, I decided to briefly show how the constitutions of European states regulate the issue of property rights.

1. Historical brief

The idea of property, as was said before, existed long before the first constitutions. In ancient Rome, it existed from the very beginning of the state. At the turn of the 3rd and 2nd century BC, the terms *dominium* and *proprietas* were developed¹. The Roman perception of property was not, though, common and indisputable. In the Middle Ages, property was divided into *dominium utile* and *dominium directum*. In all the ages, various scholars and philosophers launched their own definitions and disputed whether the source of property was nature or whether it was created through some kind of contract or agreement between people – like, of course, Jean-Jacques Rousseau. On the contrary, Richard Pipes claims that greed is not only an attribute of humans, but even of animals²

1 W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie u podstaw prawa prywatnego*, Warszawa 2009, p. 369.

2 R. Pipes, *Własność jako instytucja*, [in:] *Odkrywając wolność przeciw zniewoleniu umysłów*, L. Balcerowicz, Poznań 2012, p. 414.

and, of course, children³. Edward Adamson Hoebel, professor of anthropology, said that property is a universal attribute of human culture, which was a criticism of the ideas of some kind of *golden age*, a period of human history when everything was common and people lived in prosperity⁴. Opinions on property are very diverse: Adam Smith valued property so much, that in his opinion *civil government (...) is instituted for the security of property*⁵. On the other hand, Karl Marx and Friedrich Engels in *The Communist Manifesto* supported total abolition of private property, which was one of the most important goals of future communist and socialist generations.

The first constitutions were deeply influenced by the liberal, *natural* concept of property. The constitutions of Pennsylvania and Virginia described the right to property as natural and fundamental⁶. The French Declaration of Human and Civil Rights stated that *the right to Property is inviolable and sacred*⁷. This first, liberal concept of property changed in the 19th century under the strong pressure of socialist and more moderate ideas. In the 20th century, in the Soviet Union and other communist states, private property was extremely limited, but after collapse of the communist system those countries generally withdrew from that radical course. As a conclusion to this section, I can say that the current status of property and its constitutional position is the effect of long-lasting disputes and experiments with various ideas and now we have a kind of compromise between the most radical of them.

2. The right of property in the Constitution of the Republic of Poland

The right of property is mentioned in various articles of the constitution of the Republic of Poland⁸. According to the article 21, *The Republic of Poland shall protect ownership and the right of succession and expropriation may be allowed solely for public purposes and for just compensation*. Article 64 states that: *Everyone shall have the right to ownership, other property rights and the right of succession*. Under the next point of this article: *everyone, on an equal basis, shall receive legal protection regarding ownership, other property rights and the right of succession*. Article 46 concerns a forfeit, which is very limited: *Property may be forfeited only in cases specified by statute, and only by virtue of a final judgment of a court*.

Articles 20 and 21 of the Constitution of the Republic of Poland are part of chapter 1, describing the most important principles of the state. Article 20 states that *A social*

3 R. Pipes, *op. cit.*, p. 422.

4 *Ibidem*, p. 429.

5 A. Smith, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, Library of Economics and Liberty, <<http://www.econlib.org/library/Smith/smWN20.html>>.

6 W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *op. cit.*, p. 348.

7 *Ibidem*.

8 Dz.U. 1997, No, 78, item 483.

market economy, based on the freedom of economic activity, private ownership, and solidarity, dialogue and cooperation between social partners, shall be the basis of the economic system of the Republic of Poland while according to article 21 the Republic of Poland shall protect ownership and the right of succession and, additionally, expropriation may be allowed solely for public purposes and for just compensation They both describe the right of property as a basic principle of the Polish economic system. Article 64, on the other hand, looks at it from the human rights perspective – therefore, property in the constitution of Poland has a dual character: it is first of all one of the state's principles and it is also one of the guaranteed human rights.

The term *property* is construed very widely, without categorisation of who the subject of that right is. However, judicial decisions made by the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland are not straightforward and are sometimes inconsistent. Some problems concern the extent of the term *property* used in the aforementioned articles⁹, some others concern the *essence* of that term¹⁰, which has fundamental significance because of article 31, which comprises the following provision:

Any limitation upon the exercise of constitutional freedoms and rights may be imposed only by statute, and only when necessary in a democratic state for the protection of its security or public order, or to protect the natural environment, health or public morals, or the freedoms and rights of other persons. Such limitations shall not violate the essence of freedoms and rights

Enumeration of potential causes of limitation of rights is quite long, but at the same time it is limited by the requirement of non-violation of the *essence*. An example of such a violation is contained in the verdict of a Constitutional Tribunal from 12th January 2000: *if an object belonging to a proprietor causes losses, and the statute creates the obligation of keeping that object in a specific condition, it may be such a violation*¹¹.

9 D. Pokitko, Własność w Konstytucji III Rzeczypospolitej [online]. Repozytorium Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza [access: 2013-10-28]. Available at: <https://repozytorium.amu.edu.pl/jspui/bitstream/10593/7030/1/13_Dawid_Pokitko_W_asno_%20w%20Konstytucji%20III%20Rzeczypospolitej_179-192.pdf>.

10 *Ibidem*, p. 187.

11 Verdict of a Constitutional Tribunal, P11/98.

3. The right of property in the Constitution of the Russian Federation

The first significant point is article 17 of the Constitution of the Russian Federation: *In the Russian Federation human and civil rights and freedoms shall be recognized and guaranteed according to the universally recognized principles and norms of international law and this Constitution.* This may be treated as a referral, for example, to the Universal Declaration of Human Rights. Article 17 also states that *everyone has the right to own property alone as well as in association with others and no one shall be arbitrarily deprived of his property.*

Article 34 of the Constitution of the Russian Federation states as follows: *Everyone shall have the right to use freely his (her) abilities and property for entrepreneurial and other economic activity not prohibited by law.* The next article, 35, states that *the right of private property shall be protected by law.*

We can see ostensibly insubstantial, but meaningful differences: in the Polish constitution the right to property is described generally, without specifying its purpose; The Russian article 34 provides for the right to use property *for entrepreneurial and other economic activity*, which may lead to the question – what about activities that may be not recognized as one of those listed? Additionally, article 35 speaks not about *property*, but *private property* – which may be a serious limitation. The phrase *shall be protected by law* creates other doubts, since *protection by law* may be construed in many different ways, including ones that define that protection in a very limited way, which would not provide the necessary preservation. However, the following provisions must be also noted. They state that: *Everyone shall have the right to have property and to possess, use and dispose of it both individually and jointly with other person*, and, what is extremely important, *Nobody may be deprived of property except under a court order. Forced alienation of property for State requirements may take place only subject to prior and fair compensation.* This last provision must definitely be lauded as proper and very positive.

4. The right of property in other European constitutions

The next constitution that I would like to present is the Basic Law for the Federal Republic of Germany. According to article 14 of this document, *Property and the right of inheritance shall be guaranteed. Their content and limits shall be defined by the laws.* It shows that some limits are unavoidable, but in any case they should be regulated by law. Additionally, according to article 19, *in no case may the essence of a basic right be affected.* However, exactly as in Poland, this *essence (Wesensgehalt)* has no commonly accepted definition¹². What is interesting about the German Basic Law, is the fact that property is

12 D. Pokitko, *op. cit.*, p. 186.

mentioned in the article which concerns armed force – namely, article 87a. Protection of civilian property is described as one of the goals of the Armed Forces – which is rather rare.

The Constitution of France is rather exceptional: it does not describe fundamental rights directly. Of course, this doesn't mean that they are not protected. This protection, after a landmark decision by the Constitutional Council¹³, is provided by a referral included in the preamble, which makes references to the Declaration of the Rights of Man and of the Citizen. This document, created in the 18th century, has the status of legally binding law. Therefore, property is one of the rights that should be preserved by political associations (article 2), and subsequently is covered by article 17:

Since the right to Property is inviolable and sacred, no one may be deprived thereof, unless public necessity, legally ascertained, obviously requires it, and just and prior indemnity has been paid.

However, practice shows, that this *sanctification* does not mean that it is totally absolute – limitations and taxes are present in France just as in all other states – as Gerard Depardieu's case reveals, they may be even more severe than in other countries.

Great Britain is a country that has no single constitutional document, however, it does not mean that there is no constitution in Britain at all. It is embodied in documents, statutes, court judgments and other sources of British constitutional law. However, there is still no singled out *declaration of rights* as in other states. Therefore, those rights are guaranteed in Great Britain mainly thanks to international treaties that are binding upon the British government, like the European Convention on Human Rights; the most important British statute is the Human Rights Act, introduced in 1998¹⁴.

Let us now move to slightly smaller states – firstly Belarus. According to article 44 of the constitution of Belarus *the State shall guarantee everyone the right of property and shall contribute to its acquisition*. That *contribution* is definitely a very original expression and leads to the question of why this is actually necessary in Belarus. The last part of this article states that: *the exercise of the right of property shall not be contrary to social benefit and security, or be harmful to the environment or historical and cultural treasures, or infringe upon the rights and legally protected interests of others* – which is a dangerous wicket, and may lead to uncontrolled expropriations.

Rather similar, but much better provisions are established in Armenia. According to article 31 of its Constitution:

13 E. Gdulewicz, *System konstytucyjny Francji*, Warszawa 2000, p. 23.

14 P. Sarnecki, *System konstytucyjny Zjednoczonego Królestwa Wielkiej Brytanii i Irlandii Północnej*, Warszawa 2009, p. 11.

Everyone shall have the right to freely own, use, dispose of and bequeath the property belonging to him/her. The right to property shall not be exercised to cause damage to the environment or infringe upon the rights and lawful interests of other persons, the society and the state. No one shall be deprived of property except for cases prescribed by law in conformity with the judicial procedure.

We can see that even if deprivation of property is theoretically possible, the necessity of lawful actions is much more highlighted; the voluntary actions of civil servants are excluded.

The last country that I would like to mention is the newest member of the European Union, Croatia. It's Constitution, in article 50, has an interesting determination:

In the interest of the Republic of Croatia, ownership may be restricted or rescinded by law, subject to indemnification equal to the market value of the pertinent property. Free enterprise and property rights may be exceptionally restricted by law for the purposes of protecting the interests and security of the Republic of Croatia, nature and the human environment and human health.

The Croatian Constitution does not have any other provisions directly connected to property; we can use the argument *a contrario* and thereupon find that ownership may not be restricted if this is not enforced by law, however, I believe that this is a weaker warranty than in the previously introduced constitutions.

5. The right of property in the European Convention on Human Rights

There is one more document that should be discussed in this paper: this is the Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (commonly known as the *European Convention on Human Rights*). Of course, this protocol is not a constitution. However, since it comprises obligations undertaken by almost all countries in Europe, it could have an impact upon the status of property in those states. There are only 6 articles in the mentioned protocol, and property is encapsulated in the first one. It states as follows:

Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided by law and by the general principles of international law.

However, the potential of those phrases is diminished by the next fragment:

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties.

Since the question of what is *necessary* is left to the interested states, the general impact of this provision is rather weakened. However, some judgments of the European Court of Human Rights show that the Protocol's provisions are not without effect: for example, it criticised the practice of de facto expropriation in Turkey without any formal declaration of transfer of ownership. It also worked on post-conflict cases in Bosnia and Herzegovina, as well as in Georgia¹⁵.

6. Conclusions

The main goal of my paper was to describe briefly the ways of regulating property rights in selected constitutions of European states. As has been shown, the generally accepted provisions do not differ very much, however, some of them may be rated as worse than others: this refers to those which do not include precise enough warranties, while others contains dangerous wickets for forfeiture. Despite that fact, it must be said that property is generally still perceived as one of most important values and its protection is satisfactory. I strongly believe that this will be continued in the future. After the fall of communism, capitalism is widely accepted as the economic system in Europe and private property as the basis of that system, therefore, we can expect the continuation of the protection of property on a constitutional level.

Biographical reference:

Wawrzyniec Żbikowski – is a student of Law and simultaneously of Eastern Studies at the Adam Mickiewicz University Poznań, Poland. His main academic interests include public international law, international humanitarian law, constitutional law and the political situation of countries of the former Soviet Union, with particular regard to Armenia.

15 A. Buyse, Three Property Right Judgments [online]. ECHR BLOG [access: 2013-10-27]. Available at: <<http://echrblog.blogspot.com/2010/06/three-property-rights-judgments.html>>.

SUMMARY

Property in some European constitutions

The aim of the study is to analyse the notion of property in the selected European countries' constitutions. The author present the constitution of Poland, Russia, Germany and France and confront with the construction of the right to property in the European Convention on Human Rights.

KEYWORDS: property, European constitutions, European Convention on Human Rights

II

The object of property

Предмет права собственности

Юлия МАНЗУЛА

Объекты государственной собственности

Вопрос о значимости, необходимости такого института, как институт права собственности имеет глубокие исторические корни. В римском праве, с точки зрения содержания, право собственности определялось как право пользования, приобретения плодов, потребления вещи (*jus utendi, fruendi et abutendi*) и распоряжения ею (*jus disponendi*). Владение же (*possessio*) юридически отличалось от собственности: собственник являлся владельцем, но не в силу права собственности, а как лицо, имеющее фактическую власть над вещью, и в этом отношении он ничем не отличался от других владельцев, даже недобросовестных. Поэтому главное, что характеризует правомочия собственника, – это возможность осуществлять их по своему усмотрению (ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации¹), т.е. самому решать, что делать с принадлежащим имуществом, руководствуясь исключительно собственными интересами, совершая в отношении этого имущества любые действия, не противоречащие закону и иным правовым актам и не нарушающие прав и законных интересов других лиц.

Право – неотъемлемая часть законодательства любого развитого государства. в любой правовой системе общества выступает как один из центральных правовых институтов. Оно юридически закрепляет и регулирует экономические отношения присвоения имущества отдельными лицами.

По мнению советского юриста, профессора О.А. Красавчикова, государство является специфическим субъектом гражданского права. Эта специфика проявляется в том, что *государство заключает в себе единство политического и хозяйственного руководства страной, единство власти суверена и собственника, представляющего в своем лице весь народ*². Именно поэтому, государство как субъект права собственности является интересным для исследования, т.к. оно является с одной стороны публич-

1 СЗ РФ. 1994 № 32, Ст. 3301.

2 О.А. Красавчикова, ред., *Советское гражданское право в 2-х т., т. 1*, Москва 1985, С. 172-173.

но-правовым образованием, а с другой – субъектом гражданских прав, выступающим равноправным участником в гражданско-правовых отношениях.

Государство, как и любой другой участник правоотношений, регулируемых гражданским законодательством, самостоятельно, по своему усмотрению осуществляет принадлежащие ему субъективные права, среди которых особое место занимает право собственности. Особенности содержания права собственности государства на принадлежащее ему имущество определяют специфику его осуществления, поэтому обратимся к их анализу.

Ученые определяют право государственной собственности как возможность публично-правовых образований в строгом соответствии с законом и иными правовыми актами совершать в отношении имущества, которое является объектом данного права, действия, направленные на обеспечение реализации функций указанных образований. С объективной же точки зрения право государственной собственности – система правовых норм, регулирующих отношения по владению, пользованию и распоряжению государственным имуществом в целях осуществления государством своих функций.

Систему права государственной собственности, согласно ст. 214 Гражданского кодекса РФ составляют два ее вида: государственной собственностью в Российской Федерации является имущество, принадлежащее на праве собственности Российской Федерации (федеральная собственность), и имущество, принадлежащее на праве собственности субъектам Российской Федерации – республикам, краям, областям, городам федерального значения, автономной области, автономным округам (собственность субъекта Российской Федерации). Земля и другие природные ресурсы, не находящиеся в собственности граждан, юридических лиц либо муниципальных образований, также являются государственной собственностью.

Проанализировав норму подп. в п. 1 ст. 72 Конституции РФ можно сделать вывод, что разграничение государственной собственности находится в совместном ведении Российской Федерации и субъектов РФ. В силу ст. 214 ГК РФ отнесение государственного имущества к федеральной собственности и к собственности субъектов Российской Федерации осуществляется в порядке, установленном законом. А до его принятия действует Постановление Верховного Совета РФ от 27.12.1991 № 3020-1:

О разграничении государственной собственности в Российской Федерации на федеральную собственность, государственную собственность республик в составе Российской Федерации, краев, областей, автономной области, автономных округов, городов Москвы и Санкт-Петербурга и муниципальную собственность³.

3 Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ 1992. № 3, Ст. 89.

Данным Постановлением определены следующие группы объектов:

- объекты, относящиеся исключительно к федеральной собственности, независимо от того, на чем балансе они находятся, и от ведомственной подчиненности предприятий. В данную группу включены объекты, составляющие основу национального богатства страны; объекты, необходимые для обеспечения функционирования федеральных органов власти и управления и решения общероссийских задач; объекты оборонного производства; объекты отраслей, обеспечивающих жизнедеятельность народного хозяйства России в целом и развитие других отраслей народного хозяйства; прочие объекты;
- объекты федеральной собственности, которые могут передаваться в государственную собственность субъектов РФ;
- объекты, относящиеся к муниципальной собственности;
- объекты, не указанные в Приложениях 1 - 3, независимо от того, на чем балансе они находятся, и от ведомственной подчиненности предприятий, передаются в государственную собственность субъектов Федерации. До момента определения соответствующего собственника они относятся к федеральной собственности.

Гражданским законодательством также определяются виды имущества, которые могут находиться только в государственной или муниципальной собственности (п. 3 ст. 212 ГК РФ) и устанавливается ответственность Российской Федерации, ее субъектов и муниципальных образований по своим обязательствам. В соответствии со ст. 126 ГК РФ Российская Федерация или субъект РФ отвечают по своим обязательствам, принадлежащим им на праве собственности имуществом, кроме имущества, которое закреплено за созданными ими юридическими лицами на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, а также имущества, которое может находиться только в государственной собственности. При этом Российская Федерация, а также субъекты РФ не отвечают по обязательствам созданных ими юридических лиц, кроме случаев, предусмотренных законом. Так, например, в силу ст. 120 ГК РФ бюджетное учреждение отвечает по своим обязательствам находящимися в его распоряжении денежными средствами. При недостаточности указанных денежных средств субсидиарную ответственность по обязательствам такого учреждения несет собственник его имущества.

Управление государственной собственностью осуществляется с помощью двух вещных прав – хозяйственного ведения и оперативного управления.

Право хозяйственного ведения – это право владеть, пользоваться и распоряжаться имуществом публичного собственника в пределах, установленных законом или иными правовыми актами. Субъектами права хозяйственного ведения являются государственные или муниципальные унитарные предприятия, за исключением казенных предприятий, обладающих правом оперативного управления на закрепленное за ними

имущество. Объектом данного права является имущественный комплекс (ст. 132 ГК РФ), находящийся на балансе предприятия как самостоятельного юридического лица.

Под правом оперативного управления понимается право владеть, пользоваться и распоряжаться закрепленным за ним имуществом собственника в пределах, установленных законом, в соответствии с целями его деятельности и назначением имущества. Субъектами права оперативного управления являются казенные предприятия и учреждения. Объектами права оперативного управления является имущество, закрепленное собственником за казенными предприятиями и учреждениями, а также имущество, приобретенное ими в процессе хозяйственной деятельности.

Многонациональный народ России является носителем и единственным источником власти, которую он осуществляет непосредственно или через органы государственной власти (п. 1, 2 ст. 3 Конституции РФ). В п. 3 ст. 214 ГК РФ предусмотрено, что от имени Российской Федерации и ее субъектов права собственника осуществляют органы государственной власти в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов. Компетенция является формой правосубъектности органов, осуществляющих функции управления. Специфика объектов управления и целей органов управления существенно отражается на содержании их компетенции. Однако следует отметить, что компетенция государственных органов по осуществлению права государственной собственности носит особый характер. Она вытекает из вещно-правовой сущности права хозяйственного ведения и права оперативного управления, поскольку некоторые имущественные права унитарные предприятия реализуют с согласия государственного органа, осуществляющего контроль или надзор за деятельностью юридического лица.

Парламент, согласно своей компетенции, путем принятия закона устанавливает общий порядок распоряжения тем или иным объектом либо запрещает отчуждение определенных объектов. Так, Федеральным законом от 25.06.2002 № 73-ФЗ Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федерации⁴ установлено, что такие объекты, включенные в Список всемирного наследия, историко-культурные заповедники и объекты археологического наследия отчуждению из государственной собственности не подлежат. Парламент также вправе принять закон об особенностях распоряжения конкретным объектом. Своим законом он вправе делегировать право распоряжения федеральной собственностью Правительству РФ. Это правомочие, получаемое от парламента, следует отличать от конституционного положения, предоставляющего Правительству РФ право осуществлять управление федеральной собственностью (подп. 2 п. 1 ст. 114 Конституции РФ).

4 СЗ РФ 2002. № 26, Ст. 2519.

Все сказанное позволяет утверждать, что право государственной собственности регулируется нормами конституционного, гражданского, административного, бюджетного и земельного законодательства.

Итак, право государственной собственности имеет многоуровневую структуру, и его осуществление производится как органами государственной власти, так и унитарными предприятиями и учреждениями, которые выступают в форме юридических лиц. Самостоятельность любого государственного органа и организации в осуществлении правомочий собственности носит относительный характер и зависит от законодательного урегулирования отношений государственной собственности.

Таким образом, в рамках единого права государственной собственности приоритет отдается власти собственника, а само унитарное предприятие, особенно казенное, является скорее объектом управления, а не лицом, самостоятельно осуществляющим права владения, пользования и распоряжения закрепленным за ним имуществом в пределах, определяемых в соответствии с Гражданским кодексом РФ.

Сопоставление норм гл. 5 и п. 3 ст. 214 ГК РФ позволяет сделать вывод о том, что осуществление права собственника от имени его субъектов органами и лицами, указанными в ст. 125 ГК РФ, сводится к приобретению, осуществлению гражданских прав и обязанностей, осуществлению представительства в суде.

Российская Федерация, субъекты РФ управляют своим имуществом либо решая вопросы о создании, реорганизации и ликвидации унитарных предприятий и учреждений, либо передавая свое имущество в пользование и владение, либо разрешая приватизировать его. Осуществление права государственного собственника имеет более широкое содержание, и оно по существу отождествляется с управлением государственным имуществом. Последнее проявляется и в действиях по распоряжению имуществом, закрепленным за унитарными предприятиями и учреждениями. Так, с согласия собственника осуществляется распоряжение вкладом (долей) в уставном (складочном) капитале хозяйственного общества или товарищества, а также акциями, принадлежащими унитарному предприятию (п. 2 ст. 6 Федерального закона от 14.11.2002 № 161-ФЗ О государственных муниципальных унитарных предприятиях⁵).

Постановление Верховного Совета РФ от 27.12.1991 № 3020-1 утвердило перечень имущества, относящегося к федеральной собственности, собственности субъектов Федерации и к муниципальной собственности. Так, например, исключительно к федеральной собственности были отнесены ресурсы континентального шельфа, территориальных вод и морской экономической зоны Российской Федерации, охраняемые или особым образом используемые природные объекты (заповедники, в том числе биосферные, национальные природные парки, курорты, а также заказники, имеющие общереспубликанское значение), объекты историко-культурного и природного наследия

5 СЗ РФ 2002. № 48, Ст. 4746.

и художественные ценности, учреждения культуры общероссийского значения, расположенные на территории РФ, государственная казна РФ (средства республиканского бюджета РФ, золотой запас). Рассмотрим подробно некоторые из них.

Недра – часть земной коры, расположенной ниже почвенного слоя, а при его отсутствии – ниже земной поверхности и дна водоемов и водотоков, простирающейся до глубин, доступных для геологического изучения и освоения. Участки недр (используемые и неиспользуемые) находящиеся в пределах территории Российской Федерации и ее континентального шельфа, составляют государственный фонд недр. При этом добытые из недр полезные ископаемые и иные ресурсы по условиям лицензии могут находиться в федеральной собственности, собственности субъектов Российской Федерации, муниципальной, частной и иных формах собственности.

Согласно ст. 1.1. Закона РФ от 21.02.1992 № 2395-1 О недрах⁶, недра, включая подземное пространство и содержащиеся в них полезные ископаемые, энергетические и иные ресурсы, являются объектом исключительной государственной собственности и не могут быть предметом купли-продажи, дарения, наследования, залога или отчуждения в иной форме. Вопросы владения, пользования и распоряжения недрами находятся в совместном владении РФ и субъектов РФ (ст. 72 Конституции РФ, ч. 2 ст. 2. Закона РФ О недрах).

Земля. В федеральной собственности, согласно ст.17 Земельного кодекса РФ от 25.10.2001⁷, находятся земли:

- которые признаны таковыми федеральными законами:
 - право собственности Российской Федерации на которые возникло при разграничении государственной собственности на землю;
 - которые приобретены Российской Федерацией по основаниям, предусмотренных гражданским законодательством.

В собственности субъектов РФ находятся земельные участки:

- которые признаны таковыми федеральными законами;
- право собственности субъектов РФ на которые возникло при разграничении государственной собственности на землю;
- которые приобретены субъектами РФ по основаниям, предусмотренным гражданским законодательством.

В собственности субъектов РФ могут находиться также не предоставленные в частную собственность участки:

- занятые недвижимым имуществом, находящимся в собственности субъектов РФ;

6 СЗ РФ 1995. № 10, Ст. 823.

7 СЗ РФ 2001. № 44, Ст. 4147.

- предоставленные органам государственной власти субъектов РФ, государственным унитарным предприятиям и государственным учреждениям, созданным органами государственной власти субъектов РФ;
- отнесенные к землям особо охраняемых природных территорий регионального значения, землям лесного фонда, водного фонда.

Гражданский кодекс РФ в п. 1 ст. 262 выделяет отдельную категорию участков, с особым правовым режимом – земельные участки общего пользования, на которых граждане имеют право находиться и использовать имеющиеся на этих участках природные объекты, в пределах, допускаемых законом, иными нормативными актами и собственником.

Водные ресурсы. Согласно ст. 8 Водного кодекса РФ от 3.06.2006⁸ в нашей стране водные объекты находятся в собственности Российской Федерации (федеральной собственности), за исключением прудов и обводненных карьеров, расположенных в границах земельного участка, принадлежащего на праве собственности субъекту РФ, муниципальному образованию, физическому лицу, юридическому лицу, которые находятся соответственно в собственности субъекта РФ, муниципального образования, физического лица, юридического лица, если иное не установлено федеральными законами.

Леса и лесные богатства. Все леса, за исключением лесов, расположенных на землях обороны и землях населенных пунктов, а также земли лесного фонда, непокрытые лесной растительностью образуют лесной фонд. В соответствии со ст. 8 Лесного кодекса РФ от 29.01.1997⁹ в состав земель лесного фонда входят лесные земли и нелесные земли.

К лесным землям относятся земли, покрытые лесной растительностью и не покрытые ею, но предназначенные для ее восстановления (вырубки, гари, редины, пустыри и иные). К нелесным землям относятся земли, предназначенные для нужд лесного хозяйства (земли, занятые просеками, дорогами, сельскохозяйственными угодьями и др.), а также иные земли, расположенные в границах лесного фонда (земли, занятые болотами, каменистыми россыпями, и другие неудобные для использования земли).

Согласно ст. 19 Лесного кодекса РФ лесной фонд и расположенные на землях обороны леса находятся в федеральной собственности. В соответствии с федеральными законами допускается передача части лесного фонда в собственность субъектов РФ.

В федеральной собственности находится и имущество, которое при определенных условиях, например при обращении взыскания по требованиям кредиторов, может переходить в собственность других лиц. К этой категории следует, например, отнести

8 СЗ РФ 2006. № 23, Ст. 2381.

9 СЗ РФ 2006. № 50, Ст. 5278.

имущество государственной казны РФ, состоящее из средств федерального бюджета и внебюджетных фондов, золотого запаса, алмазного и валютного фондов и имущества Центробанка, а также имущество, находящееся в государственном резерве.

Подводя итог всему вышеизложенному, можно сказать, что государство, как и любой другой участник отношений, регулируемых гражданским законодательством, самостоятельно, по своему усмотрению реализует принадлежащие ему субъективные права, среди которых важное место занимает право собственности. Но в отличие от физических и юридических лиц осуществление государством права собственности отличается рядом особенностей, зависящих от содержания и объекта этого права, и происходит в особых правовых формах.

Биографическая аннотация:

Юлия Манзула – Иркутский государственный университет, Юридический институт.
Научные интересы: гражданское право, гражданский и арбитражный процесс.

SUMMARY

The objects of the state property

The study aims at an evaluation of the state property right in the context of its object. The author analyse the features of the state property right according to the object it is related to.

KEYWORDS: the state property, the object of the state property, civil law

MARTA NAWROCKA

Is My Body My Property?

The fundamental concept that we should explain in order to start reasoning about the ownership of one's body, is the very concept of ownership as a legal category. Ownership of what we physically are, is a colloquial version of the concept of the *right* to dispose of one's own organism, organs, tissues, cells and other *things* our bodies consist of, and what it produces in natural biological processes.

Using that set of wordings when defining and, primarily, classifying the body as a thing, is inconsistent with the facts, and especially with the law. Because ownership is in the realm of property law, it means that the existence of a property *on something* or being the owner of something can refer only to things. Article 45 of the Polish Civil Code issued in 1964 defines a *thing* as a material object with the exception of the body, tissues, cells and organs¹. I deliberately presented the distinction between the facts and the legal situation because, in this case, the fact that the body is treated as something other than a *thing* can raise some doubts. With today's level of commercialization and objectification of the human body, this difference is harder and harder to accept.

In the light of the Polish law, a *thing* is made of a material, and there is a separation from nature. Although the organism and its derivatives or components are material and also separated from nature, there are exceptions which are excluded from the set of things. These include cells removed from the human body, tissues, organs and corpses. This analysis perfectly illustrates the disparity between the facts and the legal situation because, in fact, the legal *conditions* are met, and the problem arises on the basis of morality, ethics and social relations, which require that the legal regulation, by altering the real situation and facts, approves this exclusion for reasons of custom. While rejecting these circumstances it is difficult to specify how, in fact, the human body is different from other matter existing in the world, apart from in the realm of belief.

1 Dz. U. 1964, No. 16, item 9.

From a physical point of view, the building material of the human body, like the building material of everything else that surrounds us, is made up of atoms. From the point of view of the law, organs, tissues and cells could constitute affiliation, a component, or even produce benefits, as well as things. This is, in fact, how it functions. What is a transplant, or a donation of blood or sperm? Although the essence of the regulation (whether in the Civil Code or in the Bioethics Convention - Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine²) is lofty in terms of prevention of the objective treatment of the human being and respect for the body, it is difficult to deny the fact that the body and its derivatives could be treated and recognized as material things. The public interest lies in how far that separation should be applied in the context of the legal situation.

We commonly refer corporeality to our being, personality and consciousness. Even by using the terms *my body*, *my hands*, *my hair* and so on, we signalize that these parts belong to us and only we have the right to them. So within what range do we have an impact on what is ours³? In some cases, it may turn out that we have no impact, or it is limited. Where are the borders of the freedom to dispose of our own bodies? To answer these questions, one should refer to the widely understood concept of human *nature*, which has been formed over millennia, and to the changing customs and beliefs of various cultures and societies which have established the way our mind and intuition relate to the flesh today.

There are many ways to treat the dead, starting from extreme piety, ending with extreme profanity⁴. However, there is probably no society that does not respect their own dead. This is due to the need to worship the dead, show them respect and affection. Depending on the cultural background, region, religion or social habits this has been done in different ways. Even Neanderthal man hid corpses in primitive graves⁵. Residents of the city of Jericho believed that the dead still had the same social functions and existed among living beings, so they modeled their faces after death⁶. In many other regions people believed that the dead remained on Earth and had a magic ability to affect the living world. In societies where bodies were mummified (the body was subjected to dehydration) people believed in the relationship between body and soul, and therefore they did not respect the natural processes of decay.

2 Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine.

3 S. Blackburn, *Oksfordzki słownik filozoficzny*, Warszawa 2004, p. 435.

4 R. Tokarczyk, *Prawa Narodzin, Życia i Śmierci*, Warszawa 2009, p. 357.

5 L.V. Thomas, *Trup. Od biologii do antropologii*, Łódź 1991, p. 9–27.

6 H. Belting, *Antropologia obrazu. Szkice do nauki o obrazie*, Kraków 2007, p. 175.

This all shows that from the earliest times it was known how to deal with the dead body and what to do with a man after death. The subject of our interest is a less obvious problem, namely, how to take advantage of the human body and its elements to make them serve other people. Although it appears that the dilemma relates to the modern world in which different types of procedures are carried out such as transplants, and where the body is subjected to continuous and maximal usage, the reality is different.

Today's supposed commercialization and objective relationship with the body, which we strongly deny, were much more common phenomena in earlier periods of history and in different cultures. In ancient Egypt it was common practice to produce drugs from mummies which healed wounds and bruises. They were sold in pharmacies, and this habit even reached Europe and, what is more, it was legal⁷. It was also the case that the corpse (or its secretions) were attributed with healing properties. For example, in the sixteenth century, the sweat of the dead person was a cure for hemorrhoids, and dust from the bones (the human skull in the form of powder) was boiled and given to epileptics. This displays a kind of contradiction regarding the attitude of man towards the human body after death. On the one hand, there are the cults linked to religion, which were strong both in ancient Egypt and in the sixteenth-century societies of East and West, and on the other hand one can observe an acceptance of certain practices which are justified due to their important social purpose. This purpose is to help others, i.e. the sick and to relieve suffering. Such an approach seems reasonable as it allows for the use of matter in the form of the dead body, which would otherwise only feed the soil. The use of organs, tissues or body parts as a consumer product cannot be compared with the use of the body for therapeutic purposes.

The legislature itself should be rational and in every situation, not just sometimes, put other people's lives above unstable social beliefs, morality and ethics, which change according to needs, circumstances, religion and customs. A kind of universalism, something present in every community, regardless of time, is to honor the dead, to show respect for the body, and to hide the corpses. We should note, however, that the associated rituals and the way the body and its parts are perceived can be materially different. It is precisely the cultural diversity present in today's societies which reflects the ongoing discussions on topics related to the usage of the body.

In modern times, arguments for organ transplants from both living and dead donors are still controversial. In most countries, and in the dominant religions, transplants are not allowed. The position of the Catholic Church was described by John Paul II in 1991 and officially approved in 2005, at the Congress of the International Transplantation Society. In approximation, I would like to present a few different views of some of the religions in the world.

7 H. Belting, *op. cit.*, p. 172, 186.

For Christians (including Catholics) life is a gift from God, and the donation of organs is a supreme act of love for other people, but the decision remains free and conscious, which somehow undermines the concept of presumed consent functioning in Poland. Receiving money and other benefits is also prohibited⁸.

In the case of Islam, Muslims, depending on the country or region, have a different attitude towards not only transplants, but also paying for organs. For thousands of years, Arab medics used practices such as bone grafting. No objection was raised, even when drawing the necessary elements from animals⁹.

Today, in many Muslim countries, it is illegal to charge a fee¹⁰, with the exception of Iran, where the government pays the donor a specific amount of money and the recipient or their family may make additional voluntary donations. As a result of this legislation, almost a couple of years after the coming of these provisions into force, more than half of the patients needing organs had already received one¹¹. A similar position was taken by the Israeli government. Although the principle of the inviolability of the body after death and the need to bury it in its entirety also functions in Judaism, a higher value is accorded to saving other human beings. Therefore, transplants are acceptable¹². It is justified if it can save someone's life.

There are also religious and cultural circles which are completely opposed to transplants. Gypsies and Jehovah's Witnesses inextricably bind the body to the soul, and in Shintoism, taking a section of the body of the deceased breaks the bond that connects it with the family. It is easy to see that for as many beliefs, cultures and communities as there are, there are also as many different ways of understanding the body's meaning, and a diversity of understandings of respect for the dead or ethical reviews of such practices. In the mentality of Western Europeans, within which there are similarities and universal rules, reaping the benefits from the exploitation of others is unacceptable through the prism of ethics. We can also look at it from a purely practical perspective, with the example of Iran, where the number of people waiting for an organ was significantly reduced. Legalization of what had been common practice for a long time led to many sick people being rescued. What, in fact, is more valuable than life? Each of us says *nothing* as an answer to this question. This approach is ethical and altruistic. We put at stake someone's life and the side effect that leads to saving this life in the form of a benefit,

8 G. Gac, Całkowity dar z siebie [online]. Dar życia [Access: 2013-10-20]. Available at: <http://twojdarzycia.pl/sample-page>.

9 I. Kaczyńska, *Medycyna a prawa człowieka: normy i zasady prawa międzynarodowego, etyki oraz moralności katolickiej, protestanckiej, żydowskiej, muzułmańskiej i buddyjskiej*, Warszawa 1996, p. 47–48, 53–54.

10 M. Karolkiewicz, *Nerka na sprzedaż*, Tygodnik Przegląd 2006-03-20.

11 S. Zagórski, *Nie zabieraj nerek do nieba*, Gazeta Wyborcza 2005-07-10.

12 I. Kaczyńska, *Medycyna a prawa*, p. 41–43.

because no doubt what the statistics show, the advantage has an impact on the number of transplants performed.

Based on the great advances in medicine and modern medical technology as well as the significant enhancement of knowledge and improving practices that have been seen during last few years, Polish and European legislation was formed. One of the areas that has developed at a rapid pace is transplantation. The first transplants of organs, tissues or cells from one body to another, or within a single body were made in the world only 60 years ago. In Poland, it only happened as recently as in 1980. One can say that the development of this field in some way forced the creation of legal regulations which was quite a challenge for the legislators.

Nowadays, in Poland, the law on the procurement, storage and transplantation of cells, tissues and organs of 1 July 2005 is currently valid and it regulates the complex problems associated with post-mortem organ donation, transplants between family members, obtaining organs from persons in partnership relations, renewable tissue donation, principles of transplantation, creating banks of tissues and cord blood.

The regulations of this Law shall also apply to the acquisition of organs for medical, diagnostic, treatment, research and teaching purposes¹³.

Regulations (which are not a source of law) related to the attitude of a doctor to a patient are in the Code of Medical Ethics¹⁴ which shows how the human body should be treated by a doctor. The key regulations are found in article 33, 35 and 36 (statement 2) of KEL. Article 33 provides that the doctor can retrieve the cells, tissues and organs for transplantation if the deceased presented no objections in life.

A similar regulation can be found in article 5 pt 1 of the Law on procurement, storage and transplantation of cells, tissues and organs. To paraphrase, the cited articles show that we have an impact on what happens to our bodies after death, but we should make a declaration of will when it comes to negative content¹⁵. This constitutes a lack of acceptance of the donation of selected elements of the body. But if we do not do it, the doctor has the right to use what is needed without the consent of the family. It means that each of us has an impact on whether our bodies will be preserved after death in their entirety or whether some parts will be collected, but we are deprived of the possibility to decide on the matter. So, in some way, the freedom for people to decide about their bodies is limited. Besides, a lot of people would willingly donate their organs to save the lives of

13 Dz.U. 2009, No. 141, item 1149.

14 Code of Medical Ethic, Act of 2 January 2004.

15 There are two main methods for determining voluntary consent: *opt in* (consent expressed directly) practiced in a few countries like e.g. the Netherlands, the United States, England and Denmark and also supported by the Roman Catholic Church, where individuals who wish to donate their organs need to give their consent. There are also countries with a national database of donors instead of a donor card. The second one is *opt out* (presumed consent) which means that anyone who has not refused could be a donor.

others, but not necessarily for them to be used for educational purposes, research, etc., which the law does not distinguish.

By expressing opposition or passive consent, someone selects all (with no limitations on the scope) or nothing. This is contrary to article 31 of the Polish Constitution of 1997, which points to the freedom of deciding about one's own body¹⁶. Although transplantation activities, in this case, arise only after death, the consent or objection should be expressed during a person's life, so there is no reason to restrict this freedom.

Does presumed consent¹⁷ not lead to the expansion of the state's rights at the expense of human rights and does this not result in an appropriation of the body by the state? The presumed consent is not only an easier way to increase transplants because most people will not make negative decisions, but also in some sense it directs our intuition on who is the owner of the body after death. With the concept of family consent for organ donation, it seems that the family itself is the owner of the body, which certainly could reduce the number of performed transplants. Therefore, the transfer of control to the state would have a practical sense, as with that gained by the concept of presumed consent, which multiplies the maximum use of organs. Following any of these paths, one cannot fail to notice how *the body* is objectified. The property of the dead person is transferred to any of the parties. We use the terms for things (from property law), from which, theoretically, the corpse is excluded, yet we think about their use, we appreciate their usability.

The contradiction that characterizes the modern world is, on the one hand, the cult of physicality (the beauty of the body), absurdly opposed to the lowering of its value when understood through the realm of the sacred. For example, we have the right of consent to interventions, modifications or beautification of the body when understood individually and moreover, taking care of the outer shell is characteristic of the twenty-first century. On the other hand, we treat our bodies as a mass composed of individual elements, and it is possible to do many things with them - replace worn out or *broken* parts, upgrade or tune them, like in a car or in different devices. The body is stripped of piety, it is *sacred out*. It is detached from the soul, the consciousness, the exterior does not connect so strongly with the interior, and its spiritual value decreases. It is difficult to relate to the body in a different way, when society leads people to treat it as a raw material or a workshop, an item for processing when subjected to unnecessary treatments which aim to temporarily fix it up. It would be more unreasonable to treat organs as something completely separate, when the easier way, being additionally supported by common practice, is to recognize them in the category of exceptional things, distinguished by their very nature, but still things.

16 Dz.U. 1997, No. 78, item 483.

17 J. Duda, *Cywilnoprawna problematyka transplantacji medycznej*, Warszawa 2011, p.86–99.

In the law itself, one can discern trends objectifying the body and putting it into the realm of the profane. Being previously in force in Poland, the Penal Code of 1969¹⁸, places the provision for the protection of the body in the chapter *Crimes against freedom of conscience and religion*. In the new Penal Code of 1997¹⁹ the same provision has been moved to *Crimes against public order*. This indicates that the body has been nationalized and *sacred out*.

Art. 12 paragraph 1 of the Act on retrieval, storage and transplantation of cells, tissues and organs also represents a very serious limitation. It applies to living donors, and the group of persons to whom they may give their organs. This limitation, which admits into the group of recipients only cousins, siblings, assimilated persons, spouses, and other persons, unless justified by exceptional personal reasons, deprives the donor the possibility of deciding about their own body. They cannot offer their organs for altruistic reasons or even to a sick friend, because such an act is penalized. This legislation is aimed at improving society. It aims to prevent the selling of organs on the so-called *black market*²⁰. The *black market* is understood not strictly within the meaning of underground criminal activity, but as an act of trade, because Polish and European legislation prohibits such practices²¹. Article 35 of KEL prohibits a physician from gaining any financial or personal benefit. Article 21 of the Bioethics Convention prohibits dealing with the human body and its parts as a source of profit. This statement is the most general, because it sanctions any beneficiary, regardless of the form of this benefit. Similar content is included in art. 3 par. 1 of the Law on transplantation.

What considerations lie behind the limiting of the free disposal of parts of ourselves, even if an additional stimulus is profit or advantage? It seems that all kinds of freedoms (including free disposal of the body) exist under the law of freedom, which is one of the basic human rights. Freedom can be limited for various reasons but, in fact, property received for an organ is unacceptable to the public even if there is a limitation on the law of freedom, also on the free disposal of the body. I think that the activities of criminal groups play a very important role here. These groups kidnap people and sell their organs. Public opinion, shaped by the media, is concerned with the development of organ trafficking, and thus the organized crime groups acting in this field²². However, in this context, the objectification of the dead body (in the legal sense), is not a problem.

18 Dz. U. 1969, No. 13, item 94.

19 Dz. U. 1997, No. 88, item 553.

20 E. M. Guzik-Makurak, *Transplantacja organów, tkanek i komórek w ujęciu prawnym i kryminologicznym*, Białystok 2008, p. 225- 230.

21 In accordance with Polish law also art. 43 and art. 44 of the Act on retrieval, storage and transplantation of cells, tissues and organs.

22 Wydział Wsparcia Zwalczania Cyberprzestępczości Biura Kryminalnego Komendy Głównej Policji, Handel organami ludzkimi w Internecie [online]. Policja [Access: 2013-05-20]. Available at: <http://www.policja.pl/pol/kgp/biuroszluzbykryminaln/cyberprzestepczosc/73662>.

There is a need to create a comprehensive, robust set of controls which could explicitly determine the legal nature of the dead body and globally recognize principles of transplantation. In particular, it could require express consent and agreement between the parties, indicating the amount of the payment for the donation, as well as a clarification of the list of medical centers where one can make legal transplants. The criminals' activities would be greatly hampered. In addition, please note that banning anything seems to be conducive to the development of crime, the most famous case being the example of American Prohibition.

We are more afraid of mediating, excusing that with the possibility of unethical enrichment at the expense of one person and the tragic position of the other. Using the situation of a person with no possibilities, who is suffering or dying is unethical. We disapprove less the direct *exchange*, although it also raises negative opinions. But why? Does everyone have to be *passionate* altruists? Human nature is selfish and we will never change it. Since ancient times we have used the maxim *do ut des*. Saving another person by donating our organ and getting money should not surprise anyone. Finally, we need to function without this organ and this has an impact on our health, our future way of life, or our state of mind. The payment seems to be a fair solution with benefits all. Why do I have to give something precious without getting anything in return?

One can ask oneself the question whether the phenomenon described above leads to an erosion of human dignity. First of all, people should try to define this axiom. There is no legal definition of the concept, which is a basis of modern systems and focuses on the human being. With multiple ethical problems the definition of dignity as *an absolute value that characterizes the essence of humanity* seems to be incomplete, and even fragmentary. One cannot deny that *dignity*, as a value is intrinsic and inalienable, but it also seems relative so its meaning is different for every human being. It is characterized by a certain variability in perception, depending on the circumstances.

It is transformed with the changing of customs, with time passing, or with progress. Indisputably, we find that it is the absolute in itself, placed on the top in the hierarchy of human rights and at the same time a certain inner confidence of every individual about their own essence, existence, and about a kind of pride for humanity. In my opinion the actual manifestation of violating dignity is to prohibit the implementation of basic constitutional rights etc. such as the freedom to dispose of one's own body²³. However, at the same time, invalid treatment of the dead body causes the violation of the dignity of the deceased. When people decide to sell their organs after death, they do not deprive themselves of dignity, because dignity lies in the inner sphere, such as feeling respect

23 Preamble of the Universal Declaration of Human Rights, Act of 10 December 1948 includes the following statement: *Whereas recognition of the inherent dignity and of the equal and inalienable rights of all members of the human family is the foundation of freedom, justice and peace in the world.*

etc. With specific, informed, unforced consent for something there is no deprivation of dignity because there is no violation of the inside and the psychological relationship with oneself is not changed in any way.

Problems or discrepancies always arise where we encounter ethical or moral layers, because each person perceives reality in a different way, and assesses it in a different way. So the matter of treating one's own body is still controversial.

Reality enforces some actions from the legislator but it is impossible to satisfy each individual's expectations. Starting from the historical background, showing human attitudes towards the dead body through religious references and also discussing the concept of human dignity and humans' rights to dispose of their own bodies, having regard for the actual legal status, shows that treating individual elements of the body, such as cells, tissues or organs in the category of things and applying property law to them has practical sense, without taking away man's dignity and humanity.

Issues affecting the difficult existential problems associated with life and death, faith, cultural influences, traditions and communities always raise controversies and reasonable doubts, and questions that are impossible to answer unequivocally and according to the moral assessments and beliefs of all people, especially when new technologies and achievements of civilization enforce specific mental and philosophical changes. The law is an instrument which has to preserve justice and regulate, in a unique way, what people consider valuable and, above all, respond to people's needs.

Biographical reference:

Marta Nawrocka - student of Law at the Adam Mickiewicz University in Poznań (Poland). She actively takes part in projects of the scientific circle of medical law *Lege Artis*. Her main academic interests include civil law, especially the widely understood medical law and forensic medicine. In her free time she enjoys learning foreign languages. She is an enthusiast of eastern languages, in particular Chinese and Russian.

SUMMARY

Is my body my property?

The aim of the study is to evaluate human body law protection system. The author analyse selected issues related to the human body in order to evaluate it in its legal and ethical perspective. Presenting the topic the author refers to the Convention on Human Rights and Biomedicine and the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being.

KEYWORDS: human body, Convention on Human Rights and Biomedicine and the Convention, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being

МАРИЯ РУДЗИС

Право собственности на домашних животных

Животные на всем протяжении развития человечества играли важную роль в жизни людей, удовлетворяя их различные потребности в пище, одежде, жилище, лекарствах и т.д., причем с развитием и усложнением общественных связей отношения, связанные с животными, постепенно становились предметом правового регулирования.

В отечественном гражданском законодательстве нормы, посвященные животным, появились с принятием в 1994 г. первой части ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации)¹. Такое внимание со стороны законодателя можно объяснить не только расширением сферы гражданско-правового регулирования и вовлечением в орбиту гражданского права новых объектов, но и общей тенденцией последнего десятилетия в направлении гуманизации права. Подобные проявления обнаруживаются и в гражданском, и в других отраслях права – уголовном, административном, экологическом и др.

В современном Гражданском кодексе РФ нет прямого указания, что животных следует относить к вещам, однако, положение закона о применении к животным правил об имуществе (п. 1 ст. 137 ГК РФ) означает, что на них распространяется вещно-правовой режим и что, все-таки, они относятся к вещам. Также необходимо учитывать, что животные являются живыми существами, которые имеют нервную систему. А также они способны испытывать чувства и даже эмоции. Все это заставляет законодателя выделить их в отдельную группу, а именно группу одушевленных вещей. Законодатель специально ввел комплекс статей (статьи 137, 221, 230, 241 ГК РФ), который помогает нам отделить их от остального многообразия вещей.

Также необходимо отметить, что отличительное свойство животных чувствовать, испытывать болевые ощущения, привело к тому, что законодателю пришлось установить требования о недопустимости жестокого обращения с животными, противоречащего принципам гуманности (п. 2 ст. 137 ГК РФ).

¹ СЗ РФ 1994. № 32, Ст. 3301.

Прежде всего, хотелось бы отметить, что в ст. 137 ГК РФ не упоминается термин *домашние*, в отличие от ст. 241 ГК РФ, где прямо указано, что выкуп возможен только в отношении домашних питомцев. Также, стоит подчеркнуть, что домашние животные не попадают под действие норм федерального закона от 24.04.1995 № 52-ФЗ О животном мире², и на них не распространяются нормы природоресурсного и экологического законодательства по их использованию и охране. Также мы можем заметить, что в гражданском законодательстве нет специальных указаний насчет их оборотоспособности, что позволяет отнести их к свободно обращаемым вещам.

Относительно регламентации приобретения и прекращения права собственности отметим, что в Гражданском кодексе РФ содержится их исчерпывающий перечень (главы 14, 15). Однако необходимо учитывать специфику такой категории вещей как животные. Было бы не совсем правильно применять к ним в полной мере нормы, которые регламентируют оборотоспособность *неживых* вещей. Именно это стало причиной того, что законодатель включил в Гражданский кодекс РФ специальные правила, регулирующие основания приобретения права собственности на безнадзорных животных. Однако законодатель не ограничился этим и предусмотрел особое основание и специальный порядок прекращения права собственности на животных при ненадлежащем обращении с ними (ст. 241 ГК РФ).

В Российской Федерации животные признаются объектом гражданских прав, что полностью исключает их участие в гражданско-правовых правоотношениях в качестве субъекта. Однако животные могут быть объектами различных гражданских правоотношений, не только вещно-правовых, но и обязательственных, наследственных. Например, законодатель в рамках завещательного возложения предусматривает возможность оформления обязанности по содержанию, надзору и уходу за животным (ст. 1139 ГК РФ³).

Ввиду признания животного объектом гражданских прав иные положения Гражданского кодекса РФ также применяются при регулировании отношений по поводу животных. Это касается совершения разнообразных гражданско-правовых сделок (купля-продажа, дарение, перевозка, страхование животного), возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью граждан, их имуществу и имуществу других субъектов гражданского права.

В настоящее время субъекты гражданского права владеют самыми разнообразными животными и здесь нет строгих рамок в количественных или качественных ограничениях. Животные как объект гражданских прав могут принадлежать различным хозяйствующим субъектам (унитарные предприятия, учреждения и т.д.) на праве хозяйственного ведения или оперативного управления, однако в большинстве своем они находятся в собственности граждан или юридических лиц.

2 СЗ РФ 1995. № 17, Ст. 1462.

3 СЗ РФ 2001. № 49, Ст. 4552.

Нормы Гражданского кодекса РФ, регламентирующие права собственника на владение, пользование и распоряжение, распространяются и на животных.

Во избежание рисков признания животных бесхозными, собственнику необходимо обозначать свою правовую позицию перед третьими лицами, и, как следствие, к собственникам животных предъявляются повышенные требования внимательности и осмотрительности, проявлению заботы к своему имуществу. При соблюдении этих достаточно простых правил, собственник защищает себя от множества проблем. Прежде всего, это потеря имущества как такового. Ни для кого не будет секретом, что многие домашние животные приносят своим владельцам достаточно весомый материальный доход, следовательно, при утрате самой вещи (её стоимости), владелец автоматически теряет выгоду от пользования и распоряжения как самими животными, так и продуктами животноводства. При правильном соблюдении мер по уходу и надзору за животными, собственник не только осуществляет свой долг как владельца, но также лишает себя большей части проблем, связанных с потерей данного имущества.

Однако следует различать первичное и вторичное приобретение права собственности. К первичным относится право собственности на *новую* вещь, т.е. приплод. Собственник животного имеет право на приплод принадлежащего ему животного. Ограничения некоторых клубов на получение пометов и приобретение права собственности на них не имеют юридического значения. Вторичное право собственности возникает тогда, когда животное принадлежало другому лицу. Право собственности на такое животное можно приобрести на основании договора купли-продажи, дарения, других договоров отчуждения, получить в наследство.

Отдельным случаем приобретение права собственности является приобретение права собственности на безнадзорных животных. Необходимо помнить, что на основании ст. 230 ГК РФ право собственности наступает у лица, подобрывшего животное, или у лица, которому это животное было передано на содержание, только по истечении шести месяцев после подачи заявления о находке в полицию или орган местного самоуправления. Если заявление подано не было, право собственности по этому основанию возникнуть не может.

Право собственности представляет собой субъективное гражданское право. Осуществление субъективного гражданского права представляет собой совершение конкретных действий с реализацией при этом возможностей, составляющих суть данного права (мера возможного поведения управомоченного лица). В отдельных случаях субъективное гражданское право может выступать средством злоупотребления. Злоупотребление правом – это особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, с использованием недозволённых конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения.

При реализации своих прав, в отношении животных, лицо должно понимать, что оно не имеет право жестоко обращаться с ними. К сожалению, в законодательстве четко не прописаны рамки как такового, жестокого обращения с животными, поэтому каждый такой случай индивидуален. Таким образом, получается, что каждый человек при осуществлении своих прав, руководствуется в основном не законами, а нормами морали, нравственности и гуманности, а в отношении данных категорий у каждого человека свои представления.

Общеизвестно, что, как правило, нормы морали не представляют для права практического значения, но, несмотря на кажущееся разграничение права и морали, нравственные основы общества все же находят точки пересечения с гражданским правом. При регулировании отношений, выступающих предметом гражданского права, законодателью не обойтись без нравственных ориентиров, принятых в обществе, что и нашло свое отражение в ст. 137 ГК РФ.

Если мы рассматриваем непосредственно основания прекращения права собственности на домашних животных, то мы можем выделить несколько оснований:

- право собственности прекращается в связи с гибелью животного. В данном случае за собственником остается право собственности на тело погибшего животного, он имеет право поступить с ним по своему разумению и в рамках, установленных законодательством. Например, сделать чучело. Вопросы захоронения животных в России пока не решены и должны рассматриваться с точки зрения соответствия санитарным нормам и правилам благоустройства территорий;
- статья 236 ГК РФ предусматривает отказ от права собственности, когда гражданин может отказаться от права собственности на принадлежащее ему имущество, объявив об этом либо совершив другие действия, определенно свидетельствующие о его устранении от владения, пользования и распоряжения имуществом без намерения сохранить какие-либо права на это имущество. Но отказ от права собственности не влечет прекращения прав и обязанностей собственника в отношении соответствующего имущества до приобретения права собственности на него другим лицом. Т.е. даже, если хозяин собаки недвусмысленно выразил свое намерение отказаться от прав на животное, выпустив собаку на улицу, подбросив ее в приют, это не является юридически значимым действием. Право, а главное, обязанности, в том числе и нести бремя содержания данного животного, лежит на хозяине до тех пор, пока право собственности не приобретет другое лицо;
- другие наиболее распространенные способы прекращения права собственности – это отчуждение животного по различным договорам (купля-продажа, дарения и пр.);
- в последнее время стала применяться конфискация животных, как имущества, за долги и по другим обязательствам;

- редко, но иногда применяется реквизиция, когда, например, при эпидемии животных изымают для последующего уничтожения с выплатой владельцу денежной компенсации. Такая реквизиция проводилась, например, как одна из мер борьбы со свиным гриппом или коровьим бешенством;
- существует также статья 241 ГК РФ, предусматривающая выкуп домашнего животного при ненадлежащем обращении с ним.

В соответствии со ст. 209 ГК РФ собственник по своему усмотрению пользуется имуществом, т.е. лицо самостоятельно определяет направление использования (назначения) имущества. Конечно, это вовсе не означает, что владелец живого существа вправе пользоваться им как *душе угодно*, поскольку животному в результате такого использования могут быть причинены физические страдания, а это уже нарушает требования ст. 137 ГК РФ и означает злоупотребление субъективным гражданским правом. Однако достаточно трудно определить границы практического назначения конкретного животного в зависимости от его естественных свойств. Предназначение (цель использования) животного не могут быть определены самим владельцем, ведь назначение пользования вещью – объективно, ибо связывается не с конкретным предметом, который сегодня используется так, а завтра иначе, а с целым классом явлений; оно вовсе не зависит от воли и сознания отдельного человека, а формируется хозяйственной практикой, поэтому его нельзя считать субъективным. Если усмотрение собственника (или пользователя) вступает в противоречие с общепринятыми взглядами на цель использования вещи, то мы имеем дело с использованием животного не по назначению, что влечет за собой санкции.

Также не стоит забывать, что собственник обязан понимать, что в случае нарушения прав граждан при осуществлении правомочий собственника на животных, он обязан нести ответственность. Так, например, поскольку содержание животного имеет свою специфику, собственник (наниматель), в соответствии со ст. 30 Жилищного кодекса РФ⁴ обязан соблюдать при этом права и законные интересы соседей. Нарушение установленных законом пределов осуществления права собственности на жилое помещение влечет применение к собственнику гражданско-правовой ответственности в виде лишения права собственности на жилое помещение (ст. 293 ГК РФ). Также в российской практике, можно найти множество примеров тому, что если животное (обычно подобные инциденты происходит с собаками) причинило вред здоровью гражданина, то он вправе потребовать у собственника животного возмещения имущественного вреда, связанного с повреждением здоровья (§ 2 главы 59 ГК РФ⁵), и компенсации морального вреда (§ 4 главы 59 ГК РФ).

Можно сделать вывод что, что законодательное регулирование отношений по поводу животных сейчас находится на начальной стадии своего развития. Большим шагом

4 СЗ РФ 1995. № 1 (ч. 1), Ст. 14.

5 СЗ РФ 1996. № 5, Ст. 410.

в решении этого вопроса стало появление в Гражданском кодексе РФ специальных норм, посвященных животным. Однако этого недостаточно, и множество отношений, возникающих в этой сфере, остаются без необходимого правового регулирования, что делает собственника уязвимым в своем праве.

Стоит заметить, что попытки правовой регламентации отношений, связанных с животными, предпринимались еще во времена Советского Союза, но требования законодательства остались без должного практического применения.

В настоящее время в ряде таких европейских страна, как Германия, Австрия, Швейцария, существуют соответствующие специальные законы, причем нужно отметить, что активная законодательная деятельность в данной сфере наблюдается и в странах ближнего зарубежья.

Проблема правового регулирования соответствующих отношений обусловлена несколькими причинами. Прежде всего – это отсутствие единой законодательной базы. Иной причиной выступает то обстоятельство, что решение вопросов, связанных с владением, пользованием и распоряжением животными, в настоящее время осуществляется на уровне субъектов РФ и местного самоуправления. Причем не все воспользовались своим правом законодательной инициативы в этой области, да и принятые ими нормативно-правовые акты отличаются противоречивостью и не носят комплексного характера.

Ни для кого не секрет, что сейчас становится особо популярным содержание разнообразных экзотических диких животных. Такие животные остаются вообще *вне закона*, поскольку полностью отсутствует какое-либо правовое регулирование их приобретения, содержания и отчуждения.

Животные являются объектом гражданских прав, следовательно, и соответствующие общественные отношения должны регулироваться на федеральном уровне нормативно-правовым актом, включаемым в систему источников гражданского права.

Положения Гражданского кодекса РФ в общем виде устанавливают права и обязанности владельца, без соответствующей конкретизации. В настоящее время для большинства владельцев животных (как граждан, так и юридических лиц) содержание прав и обязанностей является абстрактным. Приобретая животное, будущий владелец животного должен реально себе представлять, сможет ли он предоставить животному необходимые условия содержания, и какие правовые последствия связаны с этим. В случае принятия единого акта, в нем должны быть конкретно перечислены те права и обязанности, которые возлагаются на лицо, чья деятельность связана с содержанием и разведением животных.

Исходя из всего вышеперечисленного, можно сделать вывод, что приобретение права собственности на животных в нашей стране вопрос довольно простой. Если обходить стороной юридическую составляющую, то явно наблюдается, что большинство животных приобретается безо всяких документальных подтверждений (исключая

породистых животных), либо отдаются безо всяких материальных поощрений. Что, в общем-то, и понятно, поскольку, как правило, в нашей стране никто не стремится отбирать животное у владельца. Однако при всем при этом права собственника являются *священными*, то есть постороннее лицо не вправе наносить вред животному, незаконно присваивать его и тому подобное. Это находит свое отражение, прежде всего, в Гражданском кодексе Российской Федерации. Поскольку животные отнесены к вещам, то собственник реализует все права и обязанности связанные с обладанием данной вещью.

Также известно, что животное необходимо содержать ежедневно (кормить, обеспечивать надлежащую медицинскую помощь и т.д.), то есть собственник несет расходы, связанные с владением такой вещью ежедневно, что повышает её ценность. Судьба *живой* вещи лежит целиком на усмотрении владельца. К сожалению, при краже животного, и если оно не содержит специальной метки (клейма), либо каких-то отличительных признаков, собственнику будет очень сложно доказать свое право на животное. Увы, пока законодатель не может предложить решение этой проблемы. Что, естественно, является неправильным, ведь это ставит под удар саму суть права собственности, а именно – его неприкосновенность.

По поводу лишения права собственности можно выразиться достаточно кратко, если собственник будет соблюдать хотя бы необходимые требования по уходу, содержанию и надзору за животным, вероятность лишения его права будет практически исключена.

Государство прилагает все усилия, чтобы собственник чувствовал себя в устойчивом положении, ведь чем больше мы будем знать о своих правах, а недобросовестные личности – об обязанностях, тем более *священным* будет для всех право собственности.

Биографическая аннотация:

Мария Рудзис – Иркутский государственный университет, Юридический институт, отделение международного права. Научные интересы: международное публичное и частное право, гражданское право, сравнительное правоведение.

SUMMARY

The pet ownership

The study aims at an evaluation of the pet ownership in the Russian civil law system. The author analyse that particular example of ownership, its subject and object with a special emphasis on the withdrawn.

KEYWORDS: pet ownership, civil law, withdrawn

III

Acquisition and loss of the right to property

Приобретение и утрата права собственности

АНДРЕЙ НОВИКОВ

Наследование по закону в Российской Федерации. Очередность призвания наследников по закону

В Российской Федерации, как и в других странах романо-германской правовой семьи, наследование происходит по двум основаниям: по завещанию и по закону. Это значит, что наследники призываются к наследованию по разным правилам при наличии завещания и при его отсутствии. Приоритет отдается наследованию по завещанию. Нормы закона, устанавливающие круг наследников по закону, предназначены для восполнения отсутствующей воли наследодателя по распоряжению своим имуществом на случай смерти. Поэтому наследование по закону служит дополнением к наследованию по завещанию и, по общему правилу, имеет место лишь настолько, насколько оно не устранено завещанием. Противоположная точка зрения имела место и в дореволюционной правовой мысли¹, и в советский период². Здесь проявлялся принцип средневекового европейского права – *solus Deus facere heredem potest, non homo*.

Наследование по закону имеет место:

- когда наследодатель не оставил завещание (абз. 2 ст. 1111 ГК РФ - Гражданский кодекс Российской Федерации);
- когда оставленное им завещание было признано недействительным (ст. 1133 ГК РФ);
- когда по завещанию завещана лишь часть имущества, а часть наследственного имущества осталась незавещанной (абз. 2 ст. 1120 ГК РФ). В Российской Федерации не действует известный принцип – *semel heres semper heres*;
- когда наследник или наследники по завещанию умрут раньше или одновременно с наследодателем (п. 2 ст. 1114 ГК РФ, п. 1 ст. 1116 ГК РФ);

1 А.А. Башмаков, *Быть или не быть понятию завещательного отказа в русском законодательстве*, Санкт Петербург 1901, С. 91.

2 В.И. Серебровский, *Очерки советского наследственного права, Избранные труды по наследственному и страховому праву*, Москва 2003, С. 52.

- если наследник по завещанию – юридическое лицо, – не существует на день открытия наследства или по иным причинам не может быть призвано к наследству (например, иностранное юридическое лицо, осуществляющее деятельность, явно противоречащую основам правопорядка в Российской Федерации) (абз. 2 п. 1 ст. 1116 ГК РФ, ст. 1193 ГК РФ)³;
- если наследник по завещанию откажется от принятия наследства без указания наследника по закону или завещанию, в пользу которого он отказывается (ст. 1157 ГК РФ, п. 1 ст. 1158 ГК РФ);
- если наследник по завещанию не примет наследство (ст. 1152 ГК РФ);
- если наследник по завещанию, после его совершения, будет признан недостойным наследником (п. 1 ст. 1117 ГК РФ).

При наследовании по завещанию завещатель своим распоряжением сужает или расширяет желательный ему круг наследников, по своему усмотрению определяет доли указанных в завещании наследников. Круг же наследников по закону, как и причитающиеся им доли наследства, напротив, точно и исчерпывающе назван в законе. Подчеркнем, что при установлении круга наследников по закону законодатель исходит из презумпции о наиболее вероятном круге лиц, которых наследодатель призвал бы к наследованию⁴.

В основу такой презумпции законодатель положил принцип биологического родства. Родство определяется по *линиям* и *степеням*.

Родство, связанное с происхождением одного лица от другого, называлось родством по прямой линии, которое подразделялось на:

- нисходящих родственников по прямой линии, т.е. происходящих от одного лица: сын, внук, правнук;
- восходящих родственников по прямой линии, т.е. от которых произошло данное лицо: отец, дед, прадед.

Родство, связанное с происхождением от общего предка, но не одного лица от другого, называлось родством по боковой линии: братья, сестры, дяди, тети, племянники, племянницы.

Степень родства следует определять числом рождений, которые отделяют одно лицо от другого. Рождение самого наследодателя в это число не входит. Например, родители и дети находятся в первой степени родства, так как между ними нет никого из родственников, отделяющих их друг от друга. Дед, бабушка и внуки находятся во второй степени родства, так как между ними стоит родитель детей.

3 А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право. Учебник. в 3 т., т. 3., 4 - е издание, переработанное и дополненное*, Москва 2006, С. 646.

4 В.И. Серебровский, *Очерки советского наследственного права*, С. 78; М.В. Гордон, *Наследование по закону и завещанию*, Москва 1967, С. 17.

В зависимости от степени родства закон определяет порядок призвания родственников умершего к наследству. Родственники наследодателя выстроены в шесть очередей. Все родственники одной степени родства объединены в одну очередь и вправе получить долю наследственного имущества, равную долям других наследников.

Наследники первой очереди, наследники седьмой и восьмой очереди являются либо собственниками наследодателя (переживший супруг), либо лицами, не связанными с умершим родственными узами, которым закон придает правовое значения для призвания к наследству. Если лицо является таким родственником, например, троюродным братом наследодателя, то оно наследует либо как супруг (п. 1 ст. 1 142 ГК РФ), либо как нетрудоспособный иждивенец (п. 3 1148 ГК РФ).

Относительно усыновленных детей законодатель прямо определяет, что при наследовании по закону усыновленный и его потомство с одной стороны, и усыновитель и его родственники, с другой, приравниваются к родственникам по происхождению (кровным родственникам) (ст. 137 СК РФ – Семейный кодекс Российской Федерации). По общему правилу усыновленный и его потомство не наследуют по закону после смерти родителей усыновленного и других его родственников по происхождению, а родители усыновленного и другие его родственники по происхождению не наследуют по закону после смерти усыновленного и его потомства. В случае, когда усыновленный сохраняет по решению суда отношения с одним из родителей или другими родственниками по происхождению, усыновленный и его потомство наследуют по закону после смерти этих родственников, а последние наследуют по закону после смерти усыновленного и его потомства. При этом он может наследовать как своему усыновителю и его родственникам, так и своим родителям по происхождению и их родственникам (ст. 1147 ГК РФ).

При усыновлении ребенка только одним лицом личные неимущественные и имущественные права и обязанности между ребенком и его матерью могут быть сохранены по желанию матери, если усыновитель – мужчина, или между ребенком и отцом по желанию отца, если усыновитель – женщина (п. 3 ст. 137 СК РФ). Кроме того, если один из родителей усыновленного ребенка умер, то по просьбе родителей умершего родителя (дедушки или бабушки ребенка) могут быть сохранены личные неимущественные и имущественные права и обязанности по отношению к родственникам умершего родителя, если этого требуют интересы ребенка (п. 4 ст. 137 СК РФ). Однако в любом случае в решении суда об усыновлении требуется наличие указания о сохранении отношений усыновленного ребенка с одним из родителей или с родственниками умершего родителя (п. 5 ст. 137 СК РФ).

Наследники каждой последующей очереди наследуют:

- при отсутствии наследников предшествующих очередей, призванных к наследованию (абз. 2 п. 1 ст. 1141 ГК РФ);
- при наличии наследников предшествующих очередей при условии, что:

- никто из них не имеет права наследовать (ст. 1146 ГК РФ);
- все они отстранены от наследования как недостойные наследники (ст. 1117 ГК РФ);
- в отношении них произведена эксгерация (п. 1 ст. 1119 ГК РФ);
- никто из них не принял наследства (ст. 1152 ГК РФ);
- все они отказались от наследства (ст. 1141 ГК РФ).

Российский законодатель установил различие между понятием *равенство между наследниками одной очереди* и понятием *поколенное равенство*. Равенство между наследниками одной очереди означает то, что при наследовании имущества умершего наследодателя они наследуют это имущество в равных долях. Например, у наследодателя остались три наследника первой очереди, три сына X, Y, Z. Каждый из них унаследует 1/3 имущества наследодателя. Наследники по праву представления наследуют только долю своего прямого восходящего предка, который, будучи наследником по закону, умер до открытия наследства или одновременно с наследодателем (п. 1 ст. 1146 ГК РФ). Продолжим пример – сын Z умер раньше своего отца. После Z остались две дочери AZ, BZ. Доля умершего брата, т.е. 1/3 переходит по праву представления к его двум дочерям, к AZ и BZ, и делится между ними поровну, т.е. каждая из внучек AZ и BZ получит по 1/6 имущества своего деда.

1. Наследниками первой очереди по закону являются дети, супруг и родители наследодателя. Внуки наследодателя и их потомки наследуют по праву представления (ст.ст.1142, 1146 ГК РФ).

Обратите внимание, что супругами закон признает только лиц, зарегистрировавших брак в органах ЗАГС (ст. 10 СК РФ). Так называемый *гражданский брак*, т.е. внебрачное сожителство мужчины и женщины, никаких правовых последствий для возникновения наследственных правоотношений не порождает. Признание в судебном порядке отношений сожителя с наследодателем *фактически брачными* не ведет к признанию такого лица к наследству⁵.

В случае расторжения брака к моменту открытия наследства бывшие супруги не наследуют друг после друга. На момент открытия наследства решение суда о расторжении брака должно вступить в законную силу, если брак подлежит расторжению в судебном порядке (п. 1 ст. 25 СК РФ).

2. Наследники второй очереди определены в ст. 1143 ГК РФ. Среди наследников второй очереди по закону указаны дед и бабушка как по отцовской, так и по материнской линии, полнородные и неполнородные братья и сестры наследодателя, а также их дети (племянники и племянницы наследодателя), которые наследуют по праву представления. Братья и сестры, которые происходят от одного и того же отца и матери, являются *полнородными*. Братья и сестры, происходящие от одного отца, но разных

⁵ См. раздел УМК Семейное право, Заключение и прекращение брака.

матерей (единокровные), от одной матери, но разных отцов (единоутробные), являются *неполнородными*.

Современный российский законодатель не делает различия при наследовании между полнородными и неполнородными братьями и сестрами, что в большинстве случаев не отвечает фактически складывающимся отношениям между этими лицами. Полнородные братья и сестры связаны более тесными узами не только родства, но и взаимной привязанности, поскольку в большинстве случаев даже при расторжении брака воспитываются вместе одним из родителей. Наименее тесная связь возникает между единокровными братьями и сестрами в силу воспитания преимущественно в разных семьях, более тесной связи матери и ребенка, чем ребенка и отца. От неполнородных братьев и сестер следует отличать так называемых *сводных*, т.е. не связанных между собой родством детей лиц, вступивших в новый брак. Здесь возникает не родство, а так называемое свойство. Такие дети становятся пасынками или падчерицами мужа или жены своего отца или мужа своей матери⁶.

3. Наследниками третьей очереди по закону являются полнородные и неполнородные братья и сестры родителей наследодателя (дяди и тети наследодателя). Двоюродные братья и сестры наследодателя наследуют по праву представления (ст. 1144 ГК РФ). Теперь устранена терминологическая путаница *брат* и *сестра*. В русском языке для обозначения родства с детьми братьев и сестер родителей, также используется термин *брат-сестра* с прибавлением определения двоюродный, *троюродный*, *четырёхродный* и т.п. Существительное *брат* или *сестра* без определения может пониматься весьма широко, т.е. охватывать всех лиц, именуемых *брат* или *сестра*.

Если нет наследников первой, второй и третьей очереди, то право наследовать по закону получают родственники наследодателя третьей, четвертой и пятой степени родства, не относящиеся к наследникам предшествующих очередей.

Законодательно закрепленное определение последующих степеней родства позволяет родственникам наследодателя точно определить, к какой очереди наследников столь отдаленного родственника они относятся.

4. В качестве наследников четвертой очереди выступают родственники третьей степени родства – прадедушки и прабабушки наследодателя. В качестве наследников пятой очереди признаются родственники четвертой степени родства – дети родных племянников и племянниц наследодателя (двоюродные внуки и внучки) и родные братья и сестры его дедушек и бабушек (двоюродные дедушки и бабушки). В качестве наследников шестой очереди считаются родственники пятой степени родства – дети двоюродных внуков и внучек наследодателя (двоюродные правнуки и правнучки), дети его двоюродных братьев и сестер (двоюродные племянники и племян-

6 Б.С. Антимонов, К.А. Граве, *Советское наследственное право*, Москва 1955, С. 128; А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право...*, С. 713.

ницы) и дети его двоюродных дедушек и бабушек (двоюродные дяди и тети) (п. 1–2 ст. 1145 ГК РФ).

Родственные и иные отношения наследников с наследодателем доказываются:

- документами, выданными органами Записи актов гражданского состояния:
 - свидетельством о рождении (ст. 23 Федерального закона от 15.11.1997 г. № 43-ФЗ Об актах гражданского состояния);
 - свидетельством о заключении брака (ст. 30 Федерального закона от 15.11.1997 г. № 143-ФЗ Об актах гражданского состояния);
 - свидетельством об установлении отцовства (ст. 56 Федерального закона от 15.11.1997 г. № 143-ФЗ Об актах гражданского состояния);
- вступившими в законную силу решениями суда об установлении факта родственных или иных отношений (ст. 268 ГПК РФ);
- иными документами, при условии, что они в совокупности с другими документами подтверждают родственные или иные отношения с наследодателем (п. 31 Приказа Минюста РФ от 15.03.2000 г. № 91 Об утверждении методических рекомендаций по совершению отдельных видов нотариальных действий нотариусами Российской Федерации):
 - справки о родственных и иных отношениях, выданные организациями по месту работы или жительства;
 - записи в паспортах о детях и о супруге;
 - справки органов социальной защиты о назначении пенсии по случаю потери кормильца и т.п. (перечень остается открытым).

Если кто-либо из наследников по закону лишен возможности представить доказательства отношений, являющихся основанием для призвания к наследованию, то эти лица могут быть включены в свидетельство о праве на наследство с согласия всех остальных наследников, принявших наследство и представивших соответствующие доказательства (ст. 72 Основ законодательства РФ о нотариате), а не просто устные подтверждений родства. Иначе было бы возможно с согласия других наследников даже совершенно постороннее лицо признать наследником. Хотя нотариальная практика не всегда строго придерживается требований закона о предоставлении доказательств, подтверждающих родственные отношения с наследодателем, и может удовлетвориться только показаниями свидетелей.

5. Если нет наследников предшествующих очереди, к наследованию в качестве наследников седьмой очереди по закону призываются пасынки, падчерицы, отчим и мачеха наследодателя (п. 3 ст. 1145 ГК РФ). Мачеха – это жена отца по отношению к его детям от прежнего брака. Отчим – это муж матери по отношению к ее детям от прежнего брака. Падчерица – это дочь одного из супругов по отношению к другому супругу, не являющимся её родителем (усыновителем). Пасынок – это сын одного из супругов по отношению к другому, не являющимся его родителем (усыновителем).

6. Наследование по праву представления. Особое внимание следует обратить на понятие наследования по праву представления, под которым понимается право потомков наследника по закону, умершего до открытия наследства или одновременно с наследодателем, на причитающуюся ему долю наследства (п. 1–3 ст. 1146 ГК РФ). Догматически это право следует определить как право вступить на место, в степень и права представляемого с целью принять наследство, которое тот мог бы унаследовать при естественной смене поколений⁷. Наследование по праву представления не является ещё одним основанием наследования. Его следует определить как особый порядок призвания к наследованию наследника по закону⁸. Наследники, наследующие по праву представления, относятся, соответственно, к первой, второй и третьей очередям наследников.

Правовая цель института права представления – обеспечить отдаленных преемников от воздействия случайного явления – вымирания младших раньше старших. Право представления основано на юридической фикции о том, что более отдаленные преемники наследуют в силу перешедшего на них права предшествовавшего им, но ранее умершего наследника. Следствием этого для наследников будет то, что:

- на них переходят все недостатки, поражавшие права стоящего в промежутке между ним и наследодателем лица, хотя этого лица уже нет в живых:
 - не наследуют по праву представления потомки наследника по закону, в отношении которого произведена эксгеродеация (п. 1 ст. 1119 ГК РФ). Если их умерший родитель был лишен права на наследство, то им некого будет представлять при разделе наследственного имущества⁹;
 - не наследуют по праву представления потомки наследника по закону, которые были признаны недостойными наследниками (ст. 1117 ГК РФ);
- наследник, вступавший по праву представления в преемство, может наследовать более отдаленному наследодателю только в том случае наследовать, если он был наследником ранее умершего, представляемого лица. Препятствие к переходу прав представляемого лица к его наследнику делает невозможным переход наследства, например, в случае отстранения наследника от наследства на основании как недостойного (ст. 1117 ГК РФ).

Наследовать по праву представления можно только на основании прямого указания закона (п. 2 ст. 1142, п. 2 ст. 1143, п. 2 ст. 1144 ГК РФ).

⁷ А. Башмаков, *Право представления и поколенное преемство*, Санкт Петербург 1896, С. 10.

⁸ М.В. Гордон, *Наследование по закону*, С. 19; Б.Л. Хаскельберг, *Наследование по праву представления и переход права на принятие наследства*, *Цивилистические записки*, Вып. 3, Москва 2004, С. 232.

⁹ М.В. Гордон, *Наследование...*, С. 21.

Особый порядок призвания к наследованию нетрудоспособных иждивенцев

Закон охраняет интересы нетрудоспособных иждивенцев, в том числе и не относящихся к наследникам 2–7 очередей, которые имели длительное время с наследодателем наиболее близкие отношения. При жизни наследодатель проявлял большую заботу об этих лицах – предоставлял им средства к существованию. Законодатель, следуя предполагаемой воле наследодателя, определил, что они наследуют вместе и наравне с наследниками призываемой к наследству очереди, даже если сами к этой очереди или вообще к числу наследников по закону не относятся (п. 1 – 2 ст. 1148 ГК РФ).

Закон определяет две категории лиц, которые наследуют в качестве нетрудоспособных иждивенцев:

- Граждане, относящиеся к наследникам по закону, если они (п. 1 ст. 1148 ГК РФ):
 - являются наследниками 2–7 очередей;
 - нетрудоспособны ко дню открытия наследства;
 - не входят в круг наследников той очереди, которая призывается к наследованию;
 - не менее года до смерти наследодателя находились на иждивении наследодателя.
- Другие граждане, если они (п. 2 ст. 1148 ГК РФ):
 - не входят в круг наследников 1–7 очередей;
 - ко дню открытия наследства являлись нетрудоспособными;
 - не менее года до смерти наследодателя находились на его иждивении;
 - не менее года до смерти наследодателя проживали совместно с ним.

Обратите внимание, что эти наследники призываются к наследству вместе с наследниками любой, призванной к наследству очереди. При отсутствии других наследников по закону последние наследуют самостоятельно в качестве наследников восьмой очереди (п. 3 ст. 1148 ГК РФ). Поэтому таких наследников ещё называют наследниками *скользящей очереди*.

Нетрудоспособными по возрасту признаются (п. 2 Федерального закона от 17.12.2001 г. № 173-ФЗ О трудовых пенсиях в Российской Федерации):

- лица, не достигшие возраста 18 лет;
- мужчины и женщины, если они достигли соответственно возраста 60 и 55 лет.

Некоторые ученые обосновывают отнесение к нетрудоспособным лицам тех, кто обучается по очной форме в образовательных учреждениях всех типов и видов независимо от их организационно-правовой формы, за исключением образовательных учреждений дополнительного образования, до окончания ими такого обучения, но не дольше чем до достижения ими возраста 23 лет¹⁰.

10 Б.Л. Хаскельберг, *Наследование по закону нетрудоспособными иждивенцами*, Российская юстиция 7/2003, С. 24.

Нетрудоспособными по состоянию здоровья признаются инвалиды 1, 2, 3 групп, в том числе и инвалиды с детства (п. 10 Федерального закона от 15.12.2001 г. № 166-ФЗ О государственном пенсионном обеспечении в Российской Федерации; п. 8 Федерального закона от 17.12.2001 г. № 173-ФЗ О трудовых пенсиях в Российской Федерации; п. 31 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9).

Иждивенцами наследодателя граждане считаются в том случае, если они находились на полном содержании наследодателя или получали от него помощь, которая была для них постоянным и основным источником средств к существованию (п. 3 Федерального закона от 17.12.2001 г. № 173-ФЗ О трудовых пенсиях в Российской Федерации).

Необходимые наследники

1. В особую группу следует выделить наследников, имеющих право на обязательную долю в наследстве¹¹. К ним относятся несовершеннолетние или нетрудоспособные дети наследодателя, его нетрудоспособные супруг и родители, которые наследуют независимо от содержания завещания не менее половины доли, которая причиталась бы каждому из них при наследовании по закону (обязательная доля). То же самое касается и других нетрудоспособных иждивенцев наследодателя, за которыми признается право наследовать наравне с наследниками любой призываемой к наследованию очереди (п. 1 ст. 1149 ГК РФ).

2. Какова юридическая природа института, установленного ст. 1149 ГК РФ?

– Обязательная доля является неотъемлемой долей (*portio legitima*, *Pflichttheil*) законного наследника – установленная законом минимальная доля наследственного имущества, которую наследодатель обязан предоставить своему наследнику (или наследникам) по закону. Такой наследник получил название *необходимый наследник* (*heres necessarius*), поскольку его нельзя лишить обязательной доли по усмотрению наследодателя путем распоряжения на случай смерти. За необходимым наследником забронирована определенная законом доля в наследственном имуществе¹². В этом смысле необходимое наследование можно рассматривать и как меру ограждения семьи от произвола завещательных распоряжений наследодателя. Перед нами законное ограничение воли наследодателя, который не может в полном объеме распорядиться своим имуществом на случай смерти. Перечисленные выше лица, имеющие право на обязательную долю, при

11 Т.К. Крайнова, *Обязательная доля в наследстве и проблемы, связанные с ее выделением*, Закон 10/2006, С. 105–109.

12 В.А. Рязановский, *О посмертном преемстве супругов по русскому праву*, Историко-догматический очерк, Н.-Новгород 1914, С. 121, 151–152.

жизни наследодателя в силу прямого указания закона получали содержание от наследодателя (ст.ст. 80, 87, 89 СК РФ);

– институт обязательной доли носит характер обеспечения содержания. В его основе лежит идея о необходимости обеспечения иждивенца;

– цель данного института – предоставить средства существования иждивенцу, которому наследодатель предоставлял содержание при жизни;

– догматически необходимое наследование, выводится из начала нравственного долга. Имущество наследодателя не является семейным имуществом, а его личным, поэтому необходимое наследование можно выводить только из нравственной природы наследственного права семьи, *нравственный долг свободной воли*. В целом как юридическая обязанность здесь может быть только обязанность при ранней смерти оставить нетрудоспособным наследникам алименты¹³;

– лицо, которое претендует на обязательную долю, должно входить в число наследников по закону независимо от обязательной доли. Управомоченный на обязательную долю имеет право на все наследственное имущество или на его определенную часть как наследник одной из восьми очередей.

Призвание лица к наследованию в качестве необходимого наследника не является ещё одним основанием призвания к наследству, как это может показаться при чтении п. 1, 3 ст. 1158 ГК РФ. Необходимый наследник также наследует по закону, однако размер причитающейся ему доли определяется по правилам п. 1 ст. 1149 ГК РФ.

3. Право на обязательную долю тесно связано с личностью необходимого наследника, поскольку:

– оно не переходит к потомкам умершего по праву представления;

– необходимый наследник не вправе отказаться от обязательной доли в наследстве в пользу другого лица (п. 1 ст. 1158 ГК РФ).

4. Право на обязательную долю в наследстве удовлетворяется из оставшейся незавещанной части наследственного имущества, даже если это приведет к уменьшению прав других наследников по закону на эту часть имущества, а при недостаточности незавещанной части имущества для осуществления права необходимых наследников на обязательную долю – из той части имущества, которая завещана (п. 2 ст. 1149 ГК РФ).

При определении размера обязательной доли в наследстве учитываются все наследники по закону, которые были бы призваны к наследованию (в том числе внуки и правнуки наследодателя, наследующие по праву представления). С этой целью должна быть определена стоимость всего наследственного имущества (как завещанного, так и незавещанного).

Важным исключением из этого правила является то, что если осуществление права на обязательную долю в наследстве повлечет за собой невозможность передать на-

¹³ А.К. Рихтер, *О необходимом наследовании*, Санкт Петербург 1893, С. 249–250.

следнику по завещанию имущество, которым наследник, имеющий право на обязательную долю, при жизни наследодателя не пользовался, а наследник по завещанию пользовался для проживания (жилой дом, квартира, иное жилое помещение, дача и тому подобное) или использовал в качестве основного источника получения средств к существованию (орудия труда, творческая мастерская и тому подобное), суд может с учетом имущественного положения наследников, имеющих право на обязательную долю, уменьшить размер обязательной доли или отказать в ее присуждении (п. 4 ст. 1149 ГК РФ).

В обязательную долю засчитывается все, что наследник, имеющий право на такую долю, получает из наследства по какому-либо основанию, в том числе стоимость установленного в пользу такого наследника завещательного отказа. Не засчитываются прижизненные подарки, полученные необходимым наследником от наследодателя.

Право на обязательную долю осуществляется необходимыми наследниками по своему усмотрению и не может быть поставлено в зависимость от согласия других наследников на ее получение.

5. Обращает на себя внимание то обстоятельство, что законодатель не упоминает наследников первой очереди, наследующих по праву представления в качестве необходимых наследников (п. 1 ст. 1149 ГК РФ). Буквальное толкование закона приводит к тому, что внуки и правнуки наследодателя оказываются в более невыгодном положении, чем нетрудоспособные наследники-иждивенцы 2–7 очередей, и даже те нетрудоспособные лица, которые наследниками по закону не являлись, но не менее года находились на иждивении наследодателя и совместно с ним проживали (п. 1–2 ст. 1148 ГК РФ). Законодатель исключил внуков и правнуков из числа нетрудоспособных иждивенцев, которые могут считаться необходимыми наследниками. Закон дает закрытый перечень необходимых наследников и с помощью отсылочной нормы к п. 1 и п. 3 ст. 1148 ГК РФ исключает возможность для внука, который был у деда-наследодателя на иждивении и даже проживал с ним совместно не менее года, получить обязательную долю. Ведь в соответствии с п. 1 ст. 1148 ГК РФ при определенных условиях необходимыми наследниками следует признать наследников 2–7 очередей и в соответствии с п. 2 ст. 1148 ГК РФ лиц, которые не относятся к наследникам 1–7 очередей при дополнительном условии – совместном проживании с наследодателем. Таким образом, внуки и правнуки, как наследники первой очереди, ни при каких условиях не попадают ни в одну из категорий указанных в законе необходимых наследников.

Если учитывать телеологический смысл введения института необходимых наследников (восполнение отсутствия волеизъявления наследодателя с точки зрения того, к кому бы он желал, чтобы его наследство перешло), то перед нами грубая ошибка законодателя. Однако эта ошибка была исправлена толкованием нормы права, данным Верховным Судом РФ, где высшая судебная инстанция предложила судам общей юрисдикции по аналогии закона применять к внукам наследодателя нормы о нетрудо-

способных иждивенцах, если они к моменту открытия наследства были нетрудоспособны и находились на содержании наследодателя более года (пп. г) п. 31 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 29 мая 2012 г. № 9).

6. Обязательная доля вызывала критику сторонников полной свободы завещания тем, что она¹⁴:

- чрезмерно защищает детей, ослабляя их самостоятельность;
- ведет к дроблению имущества;
- способствует падению рождаемости, т.к. наследодатель желает, чтобы все имущество нераздельно перешло только к одному ребенку.

Наследование выморочного имущества

Имущество считается выморочным, если (п. 1 ст. 1151 ГК РФ):

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

Юридическая природа выморочного права вызывает споры среди ученых. Существуют две основные теории:

1. право на выморочное наследство не может быть признано наследственным правом потому, что выморочным называется наследственное имущество при отсутствии наследников по закону и по завещанию либо если никто из наследников не примет наследства¹⁵. С этой точки зрения выморочное право следует признать:
 - правом обыкновенной оккупации¹⁶;
 - преимущественно предписанным правом оккупации¹⁷, т.е. привилегированное оккупационное право для казны по завладению выморочным имуществом;
 - суверенным правом, т.е. правом государства, основанном на праве владельца своей территории и находящихся на ней вещей¹⁸;

¹⁴ Цивилистические правовые традиции под вопросом (по поводу докладов Doing Business Всемирного банка), Пер. с франц, Москва 2007, С. 153.

¹⁵ Д. Мейер, *Русское гражданское право*, Санкт Петербург 1868, С. 662; В.И. Курдиновский, *Выморочные имущества*, Киев 1903, С. 41–42.

¹⁶ К.П. Победоносцев, *Курс гражданского права, т. II.*, Санкт-Петербург 1889, С. 260.

¹⁷ В.И. Курдиновский, *Выморочные имущества*, С. 45.

¹⁸ Д. Мейер, *Русское гражданское...*, С. 662; Г.Ф. Шешеневич, *Учебник русского гражданского права*, Санкт Петербург 1910, С. 710–712.

- аналогичным цессии требования, поскольку и цессионарий и лицо, принявшее выморочное имущество, действуют в своих, а не в чужих интересах¹⁹;
- аналогичным праву наследования, поскольку наследником может быть только физическое лицо²⁰;

2. право на выморочное имущество следует отнести к наследственному праву²¹.

Некоторые ученые считают, что право на выморочное имущество является универсальным преемством особого рода (*successio universalis sui generis*) и относится к институтам публичного, а не частного права²².

В настоящее время российский законодатель отнес право на выморочное имущество к наследственному праву, поместив соответствующие нормы в раздел *Наследственное право* части третьей Гражданского кодекса РФ.

Спецификой наследования выморочного имущества является то, что в зависимости от состава наследства к наследованию после смерти одного и того же лица могут призываться различные субъекты публичного права:

- жилые помещения наследуют муниципальные образования и города федерального значения Москва и Санкт-Петербург. Увеличение жилищного фонда муниципальных образований должно способствовать предоставлению жилья малоимущим нуждающимся гражданам, поскольку в основном за счет муниципального жилищного фонда предполагается решение данной проблемы (п. 4 ст. 12, п. 3 ст. 13, п. 2 ст. 14, п. 1, 2, 4 ст. 49 ЖК РФ);
- все остальное имущество (например, денежные вклады, земельные участки, автомобили и т.п.) наследует Российская Федерация (п. 2 ст. 1151 ГК РФ).

Выморочное имущество хоть и наследуется, но наследуется публичным образованием не как наследником особой очереди (очередей восемь, ни в одну из них РФ не входит). Из этого следует, что отказаться от наследства в пользу публичного образования нельзя, поскольку отказ от наследства возможен только в пользу наследников по закону любой очереди (п. 1 ст. 1158 ГК РФ), если только публичное образование волей наследодателя не определено в качестве наследника по завещанию. Так как публичные образования наследуют хоть и по закону, но вне установленных законом очередей, то направленный отказ в их пользу невозможен.

При наследовании выморочного имущества имеет место универсальное преемство, как в правах, так и обязанностях умершего собственника выморочного имущества. Положение любого публичного образования в этом случае подобно положению наследника. Оно отвечает по долгам наследодателя, обязано исполнить legata и возло-

19 В.И. Курдиновский, *Выморочные имущества...*, С. 42, 43.

20 В.И. Курдиновский, *Выморочные имущества...*, С. 46–48.

21 К.Д. Кавелин, *Права и обязанности по имуществам и обязательствам*, Санкт Петербург 1879, С. 375–376.

22 В.А. Рязановский, *О посмертном преемстве...*, С. 139, 144.

жения в пределах стоимости унаследованного имущества. Тем не менее, призвание различных наследников к выморочному имуществу находится в зависимости от видов наследственного имущества. Подобный подход законодателя подрывает идею универсального правопреемства как перехода всего имущества умершего в виде единого имущественного комплекса к его правопреемникам.

В случае перехода к государству выморочного имущества государство не наследует исключительное право на произведение. Это право прекращается, и произведение переходит в общественное достояние (п. 2 ст. 1283 ГК РФ).

Имеет ли право Российская Федерация на выморочное имущество, оставшееся после иностранца?

Это зависит от состава наследственного имущества:

- к наследованию недвижимости применяется закон местонахождения имущества (*lex rei sitae*), т. е. выморочное недвижимое имущество иностранца наследует Российская Федерация, если оно находится на российской территории;
- к наследованию движимости применяется закон местожительства наследодателя (*lex domicilii*), если местом жительства иностранца на момент его смерти была Россия, то движимое имущество наследует Российская Федерация;
- наследственное имущество может переходить по законам всех государств, в которых будет находиться выморочное имущество на момент смерти наследодателя (*lex fori*)²³.

Биографическая аннотация:

Андрей Новиков – Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет, кандидат исторических наук, кандидат юридических наук. Научные интересы: гражданское право (в частности наследственное право, семейное право).

SUMMARY

Hereditary succession in Russian Federation. The order of coming into an inheritance

The aim of the article is to evaluate the hereditary succession in the Russian Federation. The author presents the order of coming into an inheritance in the Russian civil code.

KEYWORDS: hereditary succession, order of coming into an inheritance, civil law

²³ Ф.Ф. Маргенс, *Современное международное право т. II*, Санкт Петербург 1896, С. 335–336.

АЛЕКСАНДР КЛИМОВИЧ

Приобретение права собственности на плоды, продукцию и доходы по российскому гражданскому праву

Ценность практически любой вещи, как объекта гражданских прав, во многом определяется возможностью реализовать в отношении неё правомочие пользования путём извлечения полезных свойств такой вещи всеми фактически и юридически доступными способами. Для многих вещей одним из таких способов выступает возможность присвоения овеществлённых результатов их использования, различного рода приращений, с целью последующего их потребления или самостоятельного вовлечения в гражданский оборот. В практическом аспекте ключевое значение имеет определение, с одной стороны – самого такого результата использования вещи, с другой – субъекта его присвоения.

1. В национальных правовых системах разных государств используется два основных подхода к определению приносимых вещью поступлений:

- через единое понятие *плоды*, которое объединяет в себе все возможные поступления с последующим разграничением двух видов плодов, например: на *плоды вещи* и *плоды права* (§ 99 Гражданского уложения Германии¹) или *натуральные плоды* и *гражданские плоды* (ст. 9 книги 3 Гражданского кодекса Нидерландов²);
- через три понятия, различающихся в зависимости от характера поступлений, например: *естественные плоды*, *промышленные плоды*, *гражданские плоды*

1 Гражданское уложение Германии = Deutsches Buergerliches Gesetzbuch mit Einfuehrungsgesetz: ввод. закон к Гражд. уложению; пер. с нем. / [В. Бергманн, введ., сост.]. 3-е изд, Москва 2008.

2 Гражданский кодекс Нидерландов. Книги 2, 3, 5, 6 и 7 / пер. М. Ферштмана. Отв. ред. Ф.Й.М. Фельдбрюгге, Лейден 2000.

(ст. 574, 582 Гражданского кодекса Франции³), *плоды, продукция, доходы* (ст. 136 ГК РФ – Гражданского кодекса Российской Федерации⁴).

В современном российском гражданском праве, по сложившейся ещё в советское время традиции, поступления, полученные в результате использования вещи (назовём её *основной* или *плодоносящей*), подразделяют (в зависимости от способа их получения) на плоды, продукцию и доходы. Отечественная цивилистика сформировала достаточно устойчивые подходы к толкованию этих понятий, хотя некоторые моменты требуют серьёзных уточнения.

1.1 Под плодами понимаются поступления естественного, природного происхождения. Как результаты органического развития животных и растений, они являются новыми вещами, отделившимися естественным образом (приплод животных, урожай с кустарников и деревьев) или отделёнными искусственно (состриженная с животных шерсть, срезанные с кустов цветы, скошенное на участке сено) от плодоносящей вещи (домашнего скота и птицы, земельного участка) без существенного её изменения.

Плоды, несмотря на их природное происхождение, могут потребовать определённых усилий и затрат для их сбора, и, тем более, для отделения от плодоносящей вещи, а также для совершения иных действий, подготавливающих их для последующего использования по назначению. В случаях, когда такое дальнейшее их использование непосредственно представляет собой потребление, в том числе с предварительной, подготавливающей к этому переработкой, они до конца своего существования обычно сохраняют характер плодов. В случаях же, когда их использование непосредственно предполагает реализацию, в том числе с предварительной, направленной на это переработкой, они могут рассматриваться в качестве полученной от основной вещи продукции. Так, в нормах о контрактации (ст.ст. 535 – 538 ГК РФ) под продукцией понимается не что иное, как плоды, полученные от предпринимательского использования плодоносящих вещей (земельных участков, домашнего скота, птицы). Однако такого рода разграничение плодов и продукции не имеет принципиального значения, поскольку юридическая судьба обоих этих поступлений определяется для них одним общим правилом.

1.2 Под продукцией обычно понимаются поступления технического (в этом смысле всегда искусственного) происхождения, являющиеся овеществлёнными результатами различного рода производительной (часто – предпринимательской) деятельности по использованию основной вещи путём выполнения с её помощью разного рода работ

3 Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) = Code Civil des Français (Code Napoléon) / пер. с фр. В.Н. Захватаева, Москва 2012.

4 Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая от 30.11.1994 (СЗ РФ – Собрание законодательства Российской Федерации - 1994 № 32, Ст. 3301), часть вторая от 26.01.1996 (СЗ РФ. 1996 № 5, Ст. 410), часть третья от 26.11.2001 (СЗ РФ. 2001 № 49, Ст. 4552), часть четвёртая от 18.12.2006 (СЗ РФ. 2006 № 52, ч. I, Ст. 5496).

(продукция, выпущенная на предприятии, уголь, добытый из карьера и т.п.) – будь то готовый продукт, полуфабрикат или материал, предназначенный для последующей обработки.

Нужно особо подчеркнуть, что продукция, как и все рассматриваемые поступления, представляет собой новые, ранее не существовавшие вещи, которые могут быть отделены от основной вещи в качестве её приращений без существенного изменения её сущности и использованы в дальнейшем согласно их хозяйственному назначению. В этом смысле вряд ли могут быть отнесены к продукции (в контексте ст. 136 ГК РФ), результаты переработки вещи, юридическая судьба которых определяется специальной нормой ст. 220 ГК РФ, устанавливающей, по общему правилу, приоритет собственника перерабатываемого материалов. При переработке одна вещь превращается в другую, поэтому новая вещь если и является продукцией, то не переработанной вещи, а той, от использования которой переработка состоялась, но для неё новая вещь будет не результатом переработки какого-то материала, а результатом производственного использования её самой. Если в данном случае субъект № 1, не согласовав свои действия ни с кем, на станке субъекта № 2 переработал материал-заготовку субъекта № 3, получив новую деталь, по каким правилам должен определяться собственник этой детали? Расширительное толкование термина продукция приведёт к коллизии при ответе на данный вопрос. Поэтому в контексте ст. 136 ГК РФ продукция должна пониматься в узком смысле: либо это нечто совершенно новое, отделённое от основной вещи без изменения её существа или без значительного для неё ущерба, либо, если это и результат переработки, то переработки плодов, и в таком смысле это тоже всегда нечто новое, отделённое от вещи, давшей эти плоды. При таком подходе проблем с определением собственника детали в приведённом примере не возникнет – им будет признаваться, по общему правилу ст. 220 ГК РФ, собственник переработанного материала.

1.3 Доходы – приращения экономического характера – прежде всего, денежные, но могут быть и иные (но также всегда доступные для денежной оценки) натуральные поступления от основной вещи, ставшие результатом её участия в гражданском обороте (дивиденды, проценты по вкладу в банке, проценты по займу, арендные платежи и т.п.).

Полученные от использования основной вещи плоды и продукция, как уже отмечалось, могут быть реализованы, что приводит к появлению на их месте доходов. Хотя и здесь юридическая судьба доходов от использования основной вещи определяется тем же общим правилом, что и для плодов и продукции, в некоторых случаях законодатель всё-таки намеренно ограничивает доходы от иных поступлений вещи. Так, согласно ст. 297 ГК РФ, казённое предприятие самостоятельно реализует производимую им продукцию, если иное не установлено правовыми актами, но порядок распределения полученных от этого доходов предприятия определяется собственником его имущества.

Понятие *доход*, пожалуй, самое многозначное из трёх рассматриваемых. Даже в ГК РФ в различных нормах законодатель вкладывает в него разный по широте смысл. Самое широкое его значение охватывает любые поступления от использования имущества, которые выражены (или, по крайней мере, могут быть выражены) в денежной форме – например, в статьях 303, 1107 ГК РФ. Термин *доход* означает всю имущественную сферу субъекта во всех тех случаях, когда речь идёт о взыскании какого-либо имущества в *доход Российской Федерации* (ст. 169, подп. 8 п. 2 ст. 235, п. 3 ст. 937, п. 5 ст. 1252 ГК РФ). Иногда под доходами понимаются различные (опять же, как правило, денежные) поступления, получаемые физическим лицом в качестве средств к существованию (ст.ст. 20, 30, 1085-1087, 1089 ГК РФ). Во многих нормах законодатель использует термин *доход* в качестве синонимов понятиям *выгода*, *прибыль* (ст. 15, п. 5 ст. 116, абз. 6 п. 2 ст. 120, ст.ст. 169, 235, п. 2 ст. 297, ст.ст. 298, 929, п. 3 ст. 937, ст. 989 ГК РФ). В п. 1 ст. 37 ГК РФ доходы упоминаются в одном случае как средства к существованию, в другом – как выгода, прибыль, в статьях 1074, 1085 – как и то, и другое.

Учитывая такую многозначность словоупотребления, следует всякий раз устанавливать значение термина *доходы* в контексте используемой нормы. И делать это необходимо, несмотря на то, что законодатель в некоторых нормах использует все три рассматриваемых понятия – плоды, продукция, доходы (ст. 136, п. 1 ст. 218, ст.ст. 248, 257, 299, п. 1 ст. 340, ст. 606 п. 1 ст. 614, п. 1 ст. 1043 ГК РФ), а иногда ограничивается лишь одним (п. 1 ст. 107, ст.ст. 132, 226, п. 1 ст. 297, п. 1 ст. 357, п. 2 ст. 559, ст. 1034 ГК РФ) или двумя из них (п.п. 1, 3 ст. 346, п. 3 ст. 900 ГК РФ).

Характер возникновения у вещи разного вида приращений также имеет свои принципиальные различия. Так, если плоды естественным образом исходят только от самой плодоносящей вещи, и с момента отделения от неё становятся самостоятельными объектами, готовыми к присвоению без дополнительного воздействия (или почти без такового), то продукция, помимо отделения от основной вещи, всегда дополнительно требует приложения определённых фактических действий присваивающего её лица, благодаря которым она приобретает свойство самостоятельного объекта прав и готовность к последующему присвоению и использованию. Доходы же вообще даются не непосредственно самим доходоприносящим имуществом, а являются результатами устанавливаемых по поводу него юридических отношений – реализованными правами требования (требования уплаты процентов по договору займа, требования уплаты дивидендов по акциям, требования уплаты арендной платы и т.п.). Именно поэтому они, формально приравнявсь к вещам (благодаря определённой юридической связи с основной вещью), фактически могут рассматриваться и шире, следствием чего, кстати, и является многозначность термина *доходы*.

Возникновение у рассматриваемых приращений основной вещи качеств самостоятельных объектов прав обуславливает (в силу того, что собственником основной вещи и её пользователем могут являться разные субъекты) необходимость определения лиц,

обладающих в отношении них правом собственности, вообще, и отдельными вещными правомочиями, в частности. Определять это целесообразно в договоре, заключаемом между собственником и пользователем основной вещи, в противном случае вопрос будет разрешаться в соответствии со специальными нормами законов, иных правовых актов либо существом отношений или по общему правилу ст. 136 ГК РФ, которая, согласно п. 1 ст. 218 ГК РФ, устанавливает основания приобретения права собственности на плоды, продукцию, доходы, полученные в результате использования имущества.

2. Правовое регулирование отношений по распределению плодов вещи между её собственником и другими лицами традиционно осуществлялось по двум направлениям, путём определения взаимоотношений собственника, с одной стороны – с законным пользователем, с другой – с незаконным владельцем (добросовестным или недобросовестным).

При изучении истории вопроса о таком распределении плодов, обращает на себя внимание то обстоятельство, что приоритет, как правило, отдаётся собственнику. Лица, пользующиеся на законном основании чужой плодоносящей вещью, могут лишь в определённых случаях стать собственниками её плодов – если это охватывается имеющимся у них правомочием в отношении такой вещи. У незаконных владельцев таких возможностей ещё меньше, и то лишь при условии их добросовестности в отношении обладания плодоносящей вещью.

2.1 Особую остроту проблема приобрела по второму из указанных направлений – в части распределения плодов между собственником вещи и её добросовестным владельцем, не имеющим на неё правового титула. Следует отметить, что ни в эпоху римского права, ни в период его последующей рецепции она не нашла однозначного и окончательного разрешения ни в законодательстве и правоприменительной практике, ни в научной литературе. Как отмечал ещё в середине XIX в. один из отечественных исследователей добросовестного владения, Н. Крылов, *исчисление высказанных по этому вопросу мнений с различными их оттенками и авторов их могло бы образовать содержание особой книги*⁵.

Одной из причин такой ситуации было многообразие видов плодов, выделяемых римскими юристами в общей массе приносимых основной вещью поступлений. Они делились на: *fructus pendentes* – плоды, ещё соединённые с плодоносящей вещью; *fructus separati* – плоды, уже отделённые; *fructus percepti* – плоды, не только отделённые, но и захваченные кем-либо. Среди последних различали *fructus extantes* – плоды наличные и *fructus consumpti* – плоды потреблённые (в том числе, переработанные или отчуждённые). Выделялись также *fructus percipiendi* – плоды несобранные по упущению

5 Н. Крылов, *К учению о праве добросовестного владельца на плоды (по римскому праву)*, Учёные записки Казанского университета 1864, Отд. 1, С. 425.

нию, но подлежащие сбору при правильной хозяйственной эксплуатации вещи. По мнению известного романиста В.А. Краснокутского, юридическое значение понятия плодов и различия их видов заключалось в различии их правовой судьбы при наличии права собственности, какого-либо иного права на плодоприносящую вещь или при установлении особых правоотношений (например, узуфрукта) по поводу такой вещи⁶.

Другой известный исследователь римского права, Л.И. Петражицкий, в одном из своих фундаментальных трудов, специально посвящённых данному вопросу, на основе анализа многочисленных точек зрения пришёл к выводу, что всё-таки:

Основное правило распределения плодов между собственником и добросовестным владельцем состоит в следующем: потреблённые плоды (*fructus consumpti*) остаются в пользу добросовестного владельца, наличные (*fructus extantes*) должны быть возвращены собственнику⁷.

Такой подход был воспринят многими правовыми системами. Так, в Российской Империи он был выражен в ст. 425 Свода законов гражданских⁸, которая устанавливала, что:

По праву полной собственности на имущество, владельцу принадлежат все плоды, доходы, прибыли, приращения, выгоды (а) и все то, что трудом и искусством его произведено в том имуществе (б).

Как видно из формулировки, норма регулировала отношения по поводу плодов между добросовестным владельцем и собственником, отдавая предпочтение последнему. Что касается законных пользователей, то их права на плоды предопределялись объёмом имеющихся у них правомочий в отношении плодоносящей вещи, т.е. зависели от имеющегося у них правового титула в отношении неё.

В советский период развития отечественной цивилистики рассматриваемый вопрос впервые получил свою прямую регламентацию в ГК РСФСР 1964 г.⁹, ст. 140 которого устанавливала, что

6 И.Б. Новицкий, И.С. Перетерский ред., *Римское частное право*, Москва 1996, С. 154.

7 Л. Петражицкий, *Права добросовестного владельца на доходы с точки зрения догмы и политики гражданского права*, 2-е изд., Санкт Петербург 1902, С. 1.

8 Свод законов Российской Империи. Том десятый. Часть I. Законы гражданские, Санкт Петербург 1857, С. 81.

9 Ведомости ВС РСФСР - Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета Российской Советской Федеративной Социалистической Республики 1964. № 24, Ст. 406.

Плоды, приплод животных, доходы, приносимые вещью, принадлежат собственнику вещи, поскольку иное не установлено законом или договором собственника с другим лицом.

Позднее похожее правило появилось сначала в п. 2 ст. 3 Закона СССР от 6.03.1990 О собственности в СССР¹⁰, где предусматривалось: Результаты хозяйственного использования имущества (продукция и доходы), если иное не предусмотрено законом или договором, принадлежат собственнику этого имущества, а затем в п. 6 ст. 2 Закона РСФСР О собственности в РСФСР¹¹:

Результаты хозяйственного и иного использования имущества, включая производственную продукцию, а также плоды и иные доходы от использования имущества принадлежат собственнику этого имущества, если иное не предусмотрено законом или договором собственника с другим лицом,

после чего оно было воспринято и в п. 1 ст. 50 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31.05.1991¹²:

Собственнику имущества принадлежат результаты хозяйственного и иного использования его имущества, в том числе продукция, плоды и другие доходы, если иное не предусмотрено законодательными актами или договором.

В этих нормах законодатель, определяя принадлежность плодов, продукции и доходов, как видим, уже сместил акцент на отношения собственника с законным пользователем, ограничив регулирование его отношений с добросовестным владельцем нормами о расчётах при виндикации (ч. 1 ст. 155 ГК РСФСР 1964 г.) и при кондикции (ч. 5 ст. 473 ГК РСФСР).

2.2 Общая норма о принадлежности плодов не собственнику, а законному пользователю плодоносящей вещи впервые появилась уже в постсоветский период, в Модельном ГК СНГ¹³, в ст. 31 которого установлено, что

Поступления, полученные в результате использования имущества (плоды, продукция, доходы), принадлежат лицу, использующему это имущество на

10 Ведомости СНД и ВС СССР 1990. № 11, Ст. 164.

11 Ведомости СНД РСФСР и ВС РСФСР 1990. № 30, Ст. 416.

12 Ведомости СНД и ВС СССР 1991. № 26, Ст. 733.

13 Рекомендательный законодательный акт, часть первая которого была принята Постановлением *Межпарламентской Ассамблеи государств – участников Содружества Независимых Государств в Санкт-Петербурге 29.10.1994* [Информационный бюллетень. МПА СНГ. (Приложение). 1995 № 6.].

законном основании, если иное не предусмотрено законодательством или договором об использовании этого имущества.

Статья 136 части первой ГК РФ от 30.11.1994 почти дословно воспроизвела эту редакцию. По мнению учёных, участвовавших в разработке как Модельного ГК СНГ, так и первоначальной редакции ГК РФ (М.И. Брагинского, Е.А. Суханова), это в большей мере отвечало условиям рыночного оборота, повышая заинтересованность в надлежащем использовании имущества любого законного владельца, а не только собственника¹⁴.

Соответствующая норма почти дословно перешла в гражданские кодексы тех стран СНГ¹⁵, которые восприняли Модельный ГК СНГ. Помимо России к ним относятся Армения (ст. 144 ГК Республики Армения от 17.06.1998), Белоруссия (ст. 136 ГК Республики Беларусь от 7.12.1998), Казахстан (ст. 123 Республики Казахстан, общая часть от 27.12.1994), Кыргызстан (ст. 29 ГК Кыргызской Республики, часть первая от 8.05.1996), Таджикистан (ст. 149 ГК Республики Таджикистан, часть первая от 30.06.1999).

Страны, избравшие собственный путь кодификации гражданского законодательства, по-разному подошли к решению рассматриваемого вопроса.

Так, некоторые страны отказались от противопоставления собственника и законного пользователя, наделив правом собственности на плоды лицо, обладающее правомочием на их присвоение. Из стран СНГ по этому пути пошли законодатели Грузии, Молдовы и Туркменистана. Например, статья 299 ГК Республики Молдова от 6.06.2002, объединяя понятием плоды любые поступления, приносимые непосредственно предметом (вещью) или в результате использования права, в том числе посредством правоотношений, в пункте 4 устанавливает, что:

Правомочие на предмет или право даёт возможность удержания плодов этого предмета или этого права в соответствии со сроком и объёмом этого правомочия, если законом или договором не предусмотрено иное.

Аналогичное правило можно найти в ст. 190 ГК Польши от 23.04.1964.

В других странах СНГ – Азербайджан (ст. 135.12 ГК Азербайджанской республики от 28.12.1999), Узбекистан (ст. 92 ГК Республики Узбекистан от 29.08.1996), Украина

14 В.Д. Карпович, общ. ред., *Комментарий к части первой Гражданского Кодекса Российской Федерации для предпринимателей*, Москва 1995, Е.А. Суханов, отв. ред., *Российское гражданское право в 2 т., т. 1*, Москва 2011, С. 317.

15 Тексты гражданских кодексов стран СНГ взяты на сайте Информационной системы «Континент» [online]. Законодательство стран СНГ [Доступ: 2013-11-25]. Доступны на: <http://continent-online.com/about_us.aspx>.

(ст. 189 ГК Украины от 16.01.2003), собственником плодов, по общему правилу, провозглашается собственник плодоносящей вещи. Аналогичный подход используется и в странах Балтии, фактически восстановивших своё *досоветское* гражданское законодательство (Эстония¹⁶, Латвия¹⁷, Литва¹⁸), а также в Германии¹⁹ и Франции²⁰.

2.3 За время своего действия (почти два десятилетия) нормы ст. 136 ГК РФ в литературе активно не обсуждались. Споры традиционно были смещены к вопросу о правах на плоды у добросовестного владельца вещи. Многочисленные комментарии самой статьи (в рамках комментариев первой части ГК РФ) отличались и отличаются краткостью, но даже при этом содержат противоречия, прежде всего, относительно толкования понятий *продукция* и *доходы*.

В Концепции развития гражданского законодательства России²¹ (п. 3.1), применительно к рассматриваемым вопросам было указано на необходимость вслед за введением понятия составной части сложной вещи установить, в частности, что

выделение отдельной составной части должно приводить к первоначальному возникновению права собственности на новую вещь; указанное право может возникать у лица, которому принадлежала сложная вещь, или у лица, осуществившего выдел на законных основаниях; в целях стабильности оборота в ряде случаев закон может предусматривать, что на новую вещь распространяются те же обременения (например, право залога), которые были установлены на сложную вещь.

Поскольку необходимость таких изменений не предполагала какой-либо корректировки общей нормы ст. 136 ГК РФ, остаётся предположить, рассуждая логически, что если введение прежней нормы было осуществлено в угоду *целям рыночного обо-*

16 Статья 24 первоначальной редакции Закона о вещном праве Эстонской Республики от 9.06.1993[online]. *Avaleht* [Доступ: 2013-11-25]. Доступны на: <<https://www.riigiteataja.ee/akt/13322575?leiaKehtiv>>.

17 Статья 955 Гражданского закона Латвийской Республики 1937 г. (в редакции от 1.03.1993) [online]. *Законы Латвии по-русски* [Доступ: 2013-11-25]. Доступны на: <http://pravo.lv/likumi/05_3_gz.html>.

18 Статья 4.53 Гражданского кодекса Литовской Республики от 18.07.2000[online]. *Lietuvos Respublikos Seimas* [Доступ: 2013-11-25]. Доступны на: <http://www3.lrs.lt/pls/inter3/dokpaieska.showdoc_l?p_id=286643>.

19 § 953 [Основные предписания] Плоды и иные составные части вещи принадлежат и после их отделения собственнику вещи, если из предписаний §§ 954-957 не следует иное.

20 Ст. 547. Плоды земли – естественные или промышленные, плоды гражданские, приплод животных принадлежат собственнику по праву присоединения.

21 Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7.10.2009 г.), Вестник ВАС - Высший Арбитражный Суд - 2009 № 11.

рота, значит, принятие нынешней редакции говорит об отпадении или о снижении значимости прежних целей и появлении новых – может, повышение приоритета прав собственника.

Общее правило, определяющее судьбу плодов, продукции и доходов, полученных от использования вещи, содержится в ст. 136 ГК РФ, новая редакция которой вступила в действие с 1 октября 2013 г., согласно Федеральному закону от 2 июля 2013 г. № 142-ФЗ (федеральный закон) О внесении изменений в подраздел 3 раздела I части первой Гражданского кодекса Российской Федерации²². Отныне данной нормой установлено, что

Плоды, продукция, доходы, полученные в результате использования вещи, независимо от того, кто использует такую вещь, принадлежат собственнику вещи, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами, договором или не вытекает из существа отношений.

Предшествовавшая ей редакция содержала иное правило, предусматривавшее, что:

Поступления, полученные в результате использования имущества (плоды, продукция, доходы), принадлежат лицу, использующему это имущество на законном основании, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или договором об использовании этого имущества.

Таким образом, фактически было восстановлено ранее действовавшее правило.

Изменения были приняты и вступили в силу, сопровождаясь мимолётными утверждениями о том, что *всё в корне изменилось*. Что же на самом деле изменилось, и можно ли эти изменения считать коренными?

Во-первых, конечно же, изменено общее правило о поступлении приносимых вещью плодов её собственнику, а не законному пользователю, как ранее. Фраза *независимо от того, кто использует такую вещь* явствует о том, что в рассматриваемом вопросе о принадлежности плодов собственник *возвысился* не только над добросовестным владельцем, но и над иными, помимо самого собственника, лицами, использующими имущество на законном основании. Диспозитивность нормы, как и прежде, оставляет возможность законным пользователям стать собственниками поступлений от основной вещи, но теперь это придётся, в большинстве случаев (если это прямо не предусмотрено законом или не вытекает из существа отношений), оговаривать заранее.

Получается, что, если раньше законное пользование включало в себя возможность извлечения плодов из объекта пользования, то теперь эта возможность должна быть оговорена отдельно договором, либо должна быть определена законом, либо должна

²² СЗ РФ 2013. № 27, Ст. 3434.

вытекать из существа отношений. Ситуация, например, не изменилась для арендатора, в силу наличия для него нормы абз. 2 ст. 606 ГК РФ, прямо предусматривающей его возможность присвоения плодов, но изменилась для ссудополучателя, поскольку специальной нормы о присвоении им плодов не предусмотрено, а положения ст. 606 ГК РФ на него не распространяются.

Таким образом, возможность присвоения плодов вещи фактически отделяется от правомочия пользования ею. В этом можно усмотреть ещё один шаг законодателя в сторону наделения возможности извлечения и присвоения плодов статусом самостоятельного правомочия в отношении плодоносящей вещи, наряду с традиционными вещными правомочиями владения, пользования и распоряжения. Косвенным подтверждением самостоятельности такого правомочия может служить восстановленный в российском гражданском праве институт сервитута (ст. 274 ГК РФ) и предполагаемый к восстановлению институт узурфрукта (пользовладения), для первого из которых возможность извлечения плодов из используемого имущества исключена, а для второго – является главной. Такая тенденция выглядит вполне закономерной в свете того, что ещё в римском праве (ко многим незаслуженно забытым институтам которого сегодня возвращается современное российское гражданское право) каждое из понятий *usus* (пользование) и *fructus* (плод, прирост, доход) имело самостоятельное юридическое значение.

Указанный вывод о правовой природе рассматриваемого присвоения подтверждается ещё и тем обстоятельством, что закон может содержать даже обязанность извлечения плодов из плодоносящей вещи. Так, в п. 3 ст. 346 ГК РФ содержится указание на то, что договором на залогодержателя может быть возложена обязанность извлекать из предмета залога плоды и доходы, направляя их на погашение основного долга или иное удовлетворение интересов залогодателя (например, собирать урожай на заложенном земельном участке).

Во-вторых, прежняя редакция ст. 136 ГК РФ рассматривала плоды, продукцию и доходы как результат использования *имущества*, а новая редакция – использования *вещи*. Вследствие такого сужения ст. 136 ГК РФ не только перестала согласовываться с нормой абз. 2 п. 1 ст. 218 ГК РФ, продолжающей называть её источником, предусматривающим основания приобретения права собственности на указанные приращения, полученные в результате использования именно имущества, но и утратила характер общего правила для многих норм, в которых решается судьба плодов, продукции и доходов, полученных от использования либо имущества вообще, либо иных, помимо вещей, видов имущества.

Так, конкретизирующие положения о судьбе плодов, продукции и доходов сохранились во многих статьях ГК РФ. В частности, ст. 248 РФ решает соответствующий вопрос применительно к поступлениям имущества, которое находится в общей долевой собственности, п. 3 ст. 257 ГК РФ – к поступлениям имущества, которое принад-

лежит крестьянскому (фермерскому) хозяйству, п. 2 ст. 299 ГК РФ – к поступлениям имущества, которое находится в хозяйственном ведении или в оперативном управлении, а также имущества, приобретённого унитарным предприятием или учреждением. Часть 4 ГК РФ также содержит ряд правил о распределении доходов от совместного использования различных результатов интеллектуальной деятельности: правообладателями – результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации (п. 3 ст. 1229 ГК РФ), технологии (ст. 1549 ГК РФ); соавторами – произведения (п. 3 ст. 1258 ГК РФ), исполнения (п. 3 ст. 1314 ГК РФ), изобретения, полезной модели или промышленного образца (п. 3 ст. 1348 ГК РФ), селекционного достижения (п. 3 ст. 1411 ГК РФ), топологии интегральных микросхем (п. 3 ст. 1451 ГК РФ).

В-третьих, согласно действующей редакции отступление от общего правила ст. 136 ГК РФ может теперь предусматриваться не только законом, иными правовыми актами, договором, как и ранее, но и может вытекать из *существа отношений*.

Речь, видимо, идёт о таких ситуациях, в которых использование вещи законным пользователем исчерпывается присвоением определённых её поступлений. Так, например, использование в домашнем хозяйстве коровы молочной породы сводится, прежде всего, к присвоению производимого ею молока. И такое присвоение, думается, можно признать вытекающим из существа отношений по её использованию, поскольку именно для такого использования она выведена (в этом его целевое назначение), и такое использование её в хозяйстве может быть не только главным, но и единственным. Что касается других возможных плодов её использования (телята), их присвоение уже вряд ли может признаваться вытекающими из существа отношений, поскольку их появление при обычном (соответствующем целевому назначению) использовании плодоносящей вещи носит возможный, но не обязательный характер.

Оценочный характер применяемого в данном случае критерия определения субъекта присвоения вынудит стороны, ссылающиеся на него, доказывать его наличие, т.е. определять для конкретного случая существо отношений по использованию плодоносящей вещи.

3. Статья 136 ГК РФ рассматривает указанные поступления от использования вещи в качестве самостоятельных объектов гражданских прав, поэтому важное значение для начала действия положений этой статьи, как, впрочем, и многих других норм, определяющих юридическую судьбу плодов, продукции и доходов, имеет момент их получения от используемой основной вещи, поскольку с этим моментом связана возможность распространения на них режима самостоятельного объекта, а, следовательно, и возможность возникновения субъективных прав на них.

Для плодов – это момент их отделения (*separatio*) от плодоносящей вещи, поскольку плоды до этого момента (яблоки на дереве²³, шерсть на овце) являются частью плодоносящей вещи и поэтому, безусловно, принадлежат её собственнику. Для продукции – это момент завершения её создания в виде товара, готового для последующего потребления, переработки или реализации. Для дохода – это момент его получения в виде начисленных на банковский счёт денежных средств или принятых в натуре денег либо иного имущества в качестве исполнения гражданско-правового обязательства, связанного с использованием основной вещи.

Особо отметим, что плодоносящая вещь и её приращения (прежде всего, плоды) не образуют вместе совокупность вещей, связанных общим функциональным назначением: до отделения они составляют одну вещь, после – разные, ничем не связанные вещи. Поэтому юридическое значение плодов (продукции и доходов) проявляется не в связи с понятием сложной вещи (ст. 134 ГК РФ), а в связи с регулированием отношений по их присвоению разными лицами (ст.ст. 136, 303, 606, 1107 и другие нормы ГК РФ).

Самостоятельный характер таких вновьявленных объектов, отделённых от основной вещи, подтверждается, например, в норме в п. 1 ст. 340 ГК РФ предусматривающей, что на полученные в результате использования заложенного имущества плоды, продукцию или доходы право залога не распространяется (если иное не вытекает из договора).

Следует также отметить, что некоторые нормы гражданского законодательства рассчитаны для применения в отношении плодов, продукции и доходов, которые лицо не только *извлекло*, но и тех, которые оно *должно было извлечь* из имущества (ст. ст. 303, 1107 ГК РФ)²⁴. Такой подход характерен для охранительных правоотношений, направленных на истребование имущества в пользу потерпевшего от лица, которому оно по замыслу законодателя не должно принадлежать.

Во многих случаях закон особо регулирует режим плодов, продукции и доходов, предусматривая для них специальные правила (например, при регламентации отношений общей собственности, в договоре залога и др.). Ранее действовавшая редакция ст. 136 ГК РФ содержала для них общее правило, согласно которому они поступали лицу, использующему имущество на законном основании. При этом в договоре стороны могли предусмотреть и иной порядок распределения плодов, продукции и доходов. В некоторых случаях такой порядок даже прямо установлен законом. Так, вознаграж-

23 Вывод о том, что многолетние насаждения являются частью земельного участка, см., например: постановление Девятнадцатого ААС – Апелляционный арбитражный суд - от 20.12.2010 по делу № А64-4878/09, СПС - Справочная правовая система – КонсультантПлюс.

24 Хотя буквально в данных статьях ГК РФ использован термин *доходы*, в гражданском праве однозначно признаётся необходимость в этих нормах толковать его расширительно, включая в его содержание также и плоды, и продукцию.

дение, а также возмещение необходимых расходов выплачиваются доверительному управляющему именно за счёт доходов от использования находящегося в его управлении имущества (ст. 1023 ГК РФ), создатель служебного селекционного достижения имеет право на вознаграждение от работодателя в размере не менее двух процентов от суммы ежегодного дохода от использования селекционного достижения, включая доход от предоставления лицензий (п. 5 ст. 1430 ГК РФ).

На законном основании вещь может использоваться разными лицами. Прежде всего – его собственником. Кроме того, правомочие пользования собственник может передать по договору другим лицам: арендатору (ст. 606 ГК РФ), нанимателю жилого помещения (ст. 671 ГК РФ), ссудополучателю (ст. 689 ГК РФ). Для всех подобных пользователей характерно использование чужой вещи в своих интересах, однако специальная норма об оставлении себе плодов, продукции и доходов имеется лишь для арендатора, иные из названных лиц смогут их присваивать, с учётом новой редакции ст. 136 ГУ РФ, лишь при допущении этого договором с собственником.

Доверительный управляющий имуществом, а также хранитель вещи, не являясь собственниками вверенного им имущества, тоже могут им пользоваться: доверительный управляющий – в рамках управления имуществом, осуществляемого им в пределах, предусмотренных законом и договором (ст. 1020 ГК РФ), хранитель – с согласия поклажедателя, когда пользование хранимой вещью необходимо для обеспечения её сохранности и не противоречит договору хранения (ст. 892 ГК РФ). Но поскольку они не являются лицами, использующими имущество в своих интересах, плоды, продукцию и доходы присваивать не вправе. Задача хранителя – сохранить чужую вещь и одновременно с её возвратом передать плоды и доходы, полученные за время её хранения, если иное не предусмотрено договором (ст. 900 ГК РФ). Задача доверительного управляющего – управлять переданным ему имуществом, а в случаях и в порядке, прямо предусмотренных договором, передавать полученные поступления учредителю или (и) выгодоприобретателю. При отсутствии таких указаний в договоре плоды, продукция и доходы (по терминологии ГК РФ – права), полученные им в ходе исполнения договора, включаются в состав переданного в доверительное управление имущества, приумножая его (п. 2 ст. 1020 ГК РФ). Из полученных в ходе управления доходов доверительный управляющий может претендовать лишь на ту их часть, которая причитается ему в качестве вознаграждения и возмещения понесённых им необходимых расходов (ст. 1023 ГК РФ).

4. Таким образом, подводя общие итоги проведённого исследования можно отметить смену законодателем принципа определения правовой судьбы плодов, продукции и доходов, приносимых вещью.

Если ранее решающий фактор, определяющий такую судьбу, носил динамический характер – им выступало правомерное *использование* плодоносящей вещи с целью из-

влечения плодов, продукции и доходов, то теперь его характер сменился на статический – им стала *принадлежность* плодоносящей вещи на праве собственности. На наш взгляд, это тенденция. И хотя законодатель ещё не завершил согласование многих взаимосвязанных норм, не привёл их все в соответствие с указанным изменённым принципом, эта тенденция уже получила свои общие очертания и может рассматриваться в качестве очевидного косвенного подтверждения определённой юридической *святости* такого субъективного гражданского права, как право собственности.

Биографическая аннотация:

Александр Климович – Иркутский государственный университет, Юридический институт, к.ю.н., доцент, заведующий кафедрой гражданского права. Научные интересы: гражданское право, защита гражданских прав, сравнительное правоведение.

SUMMARY

The acquisition of the selected rights in rem in the civil law of the Russian Federation

The aim of the study is to evaluate the acquisition of right in rem in the Russian Federation. The author focus on the selected rights in rem acquisition forms in the Russian civil code in order to present the general principles the lawmaker get.

KEYWORDS: right in rem, rights in rem acquisition, civil law

МАРИЯ БЫСТРОВА

Спорные вопросы приобретения права собственности на клад

1. Введение

Впервые приобретение права собственности на клад было нормативно урегулировано в римском праве¹. Изначально в римском праве клад рассматривался как составная часть вещи, в которой он спрятан, а поэтому принадлежал собственнику данной вещи. Начиная со II века нашей эры, для поощрения отыскания кладов в римские законы о приобретении права собственности на сокровища, была введена норма, согласно которой клад поступал в общую долевую собственность собственника имущества, в котором он был обнаружен, и лица, нашедшего клад. Если же нашедший клад производил поиски без согласия на то собственника земельного участка, то он не имел права участвовать в разделе данного сокровища.

Между открытием клада в римском праве и открытием клада в РФ (Российская Федерация) есть немало общего.

Рассмотрим нормы о кладах как о первоначальном способе приобретения права собственности², то есть таком способе, когда у лица возникает право собственности независимо от воли предшествующего собственника, включая случаи, когда собственника у вещи ранее не имелось.

2. Нормативное регулирование приобретения права собственности на клад в Российской Федерации

Под кладом в статье 233 ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации) понимаются зарытые в земле или сокрытые иным способом деньги или ценные предметы, собственник которых не может быть установлен либо в силу закона утратил на них право.

1 И.Б. Новицкий, *Римское частное право*, Москва 2000, С. 104.

2 А.П. Сергеев, *Гражданское право. Учебник, т.1*, Москва 2002, С. 416.

Исходя из данного определения для того, чтобы признать обнаруженные вещи кладом необходимо наличие трех условий.

Во-первых, кладом могут быть признаны только деньги или иные ценные предметы. ГК РФ не раскрывает понятие *ценности* предметов, следовательно, круг таких вещей может быть весьма широк. Представляется, что следует говорить именно об *экономической* ценности данных вещей, наличии у них высокой стоимости³.

Вторым обязательным условием признания обнаруженной вещи кладом является сокрытие этой вещи. Следует обратить внимание на то, что сокрытие вещи должно быть намеренным⁴, то есть собственник данной вещи желал скрыть факт владения ею от окружающих или правопорядка. Способы сокрытия могут быть самыми разнообразными: клад может быть зарыт в земле, замурован в стене, спрятан в колодце. Мотивы, побудившие спрятать вещь, не имеют правового значения: вещь могла быть спрятана от грабителей или же от государственных органов.

Третьим условием является указание на то, что собственник вещи не может быть установлен или в силу закона утратил на нее право. Использование законодателем в ст. 233 ГК РФ термина *установлен* предполагает, что вывод об отсутствии у вещи собственника должен быть сделан компетентным государственным органом, однако, процедура подобного установления в законе не раскрыта, в связи с чем представляется, что законодатель не требует от лица, обнаружившего клад, обращения в компетентные органы для установления собственника найденной вещи, несмотря на то, что клад мог быть сокрыт недавно и ещё существует возможность установить собственника⁵.

При наличии этих трех условий клад поступает в общую долевую собственность лица, обнаружившего клад, и собственника имущества, в котором клад был обнаружен, в равных долях, если соглашением между ними не предусмотрено иное. Однако указанные лица могут предусмотреть иное регулирование данного вопроса соглашением между ними.

В силу ст. 233 ГК РФ приобретение права собственности на клад зависит от того, имелось ли согласие собственника земельного участка или иного имущества на доступ к этому имуществу или непосредственно на поиски клада. Если клад обнаружен лицом, осуществлявшим поиски клада без согласия собственника имущества, в котором клад был сокрыт, то клад подлежит передаче собственнику земельного участка или иного имущества, в котором клад был обнаружен. Представляется, что данная норма является проявлением принципа добросовестности участников гражданского оборота: в случае если лицо, обнаружившее клад, действовало без согласия собственника, то

3 Г.С. Васильев, *Переход права собственности на движимые вещи по договору*, Санкт Петербург 2006, С. 22.

4 А.П. Сергеев, *Гражданское право...*, С. 418.

5 М.А. Александрова, *Гражданско-правовой режим культурных ценностей в Российской Федерации*, Санкт Петербург 2007, С. 68.

есть недобросовестно, оно лишается возможности приобретения права собственности на обнаруженную вещь⁶.

Так же следует отметить, что участники археологических экспедиций, лица, осуществляющие раскопки и иные поисковые операции на основании трудовых договоров, договоров подряда или в качестве своих служебных обязанностей, не вправе претендовать на какое-либо дополнительное вознаграждение в случае обнаружения ими клада в процессе выполнения порученной им работы⁷.

Далее рассмотрим наиболее актуальные практические проблемы приобретения права собственности на клад.

3. Проблемы правоприменительной практики относительно приобретения права собственности на клад в Российской Федерации

Довольно часто возникает ситуация, когда несколько лиц объединяют свои усилия для поиска клада. Хотя эти лица осуществляют поиски совместно, но непосредственно обнаруживает клад кто-то один. Возникает вопрос: обнаруженный клад поступает в собственность всех лиц, осуществлявших поиск клада, или же только лица, непосредственно обнаружившего клад.

Данная проблема возникает из-за формулировки пункта первого статьи 233 ГК РФ *Клад (...) поступает в собственность лица, которому принадлежит имущество (земельный участок, строение и т.п.), где клад был сокрыт, и лица, обнаружившего клад (...)*. Если буквально толковать данную норму, то неизбежен вывод о том, что право собственности на клад должно возникнуть у человека, обнаружившего клад. Однако нельзя обойти стороной тот факт, что остальные лица, участвовавшие в поисках клада, прикладывали к достижению поставленной цели не меньше усилий, чем лицо, непосредственно его обнаружившее, причем последнее могло и не обнаружить клад, если бы напарники не оказали содействие. Поэтому представляется, что клад должен поступать в общую долевую собственность всех лиц, участвовавших в поисках клада, и собственника имущества, в котором клад был обнаружен.

Относительно пункта первого статьи 233 ГК РФ на практике нередко возникает ещё одна спорная ситуация: гражданин заключил договор (например, договор на проведение ремонтных работ) с юридическим лицом. При проведении ремонтных работ работник бригады юридического лица обнаружил клад. В правоприменительной практике возникает следующий вопрос: кто приобретет право собственности на клад вместе с собственником дома - юридическое лицо либо работник, обнаруживший клад?

6 А.П. Сергеев, *Гражданское право...*, С. 416.

7 М.А. Александрова, *Гражданско-правовой режим...*, С. 85.

Распространенной является точка зрения, согласно которой клад поступит в собственность работника, обнаружившего клад. Сторонники данной точки зрения указывают на то, что согласно пункту первому статьи 233 ГК РФ клад поступает в собственность лица, обнаружившего клад, которым является конкретный работник⁸.

Представляется, что данная позиция является необоснованной в силу следующих причин.

Во-первых, в статье 233 ГК РФ законодатель оперирует термином *лицо*, который является общим по отношению к терминам *физическое лицо* и *юридическое лицо*. В ситуации, когда необходимо указать на физическое лицо, законодатель оперирует термином *гражданин*. Таким образом, обнаружить клад может как гражданин, так и юридическое лицо через действия своих работников.

Во-вторых, следует обратить внимание на тот факт, что договор подряда на проведение ремонтных работ заключен между гражданином и юридическим лицом, то есть гражданское правоотношение возникло именно между гражданином и юридическим лицом, и, как следствие, доступ к имуществу был разрешен именно юридическому лицу. Работники лишь реализовывали права и исполняли обязанности юридического лица, вытекающие из вышеупомянутого договора, не являясь самостоятельными участниками данного правоотношения.

Исходя из вышеизложенного, можно сделать вывод: клад должен поступить в общую долевую собственность юридического лица и собственника имущества, в котором был обнаружен клад.

4. Практические проблемы приобретения права собственности на клад, в составе которого находятся вещи, имеющие статус памятников истории и культуры

Довольно много практических проблем возникает при применении пункта второго статьи 233 ГК РФ, который регламентирует приобретение права собственности на клад, в составе которого находятся вещи, имеющие статус памятников истории и культуры.

Согласно данному пункту в случае обнаружения клада, содержащего вещи, относящиеся к памятникам истории или культуры, они подлежат передаче в государственную собственность.

Первая проблема, с которой сталкивается практика, связана с понятием памятника истории и культуры. Согласно вступившему в силу Федеральному закону Об объектах культурного наследия (памятниках истории и культуры) народов Российской Федера-

⁸ А.П. Анисимов, *Клад как основание приобретения права собственности*, Юридический мир 12/2004, С. 74.

ции от 25.06.2002 № 73-ФЗ (далее – Закон об ОКН) объектами культурного наследия, то есть памятниками истории и культуры, могут быть только недвижимые вещи.

Подобное сужение понятия затрудняет реализацию приведенной нормы о кладе. Представляется, что законодатель в пункте втором статьи 233 ГК РФ не желал урегулировать такую исключительную ситуацию, когда в качестве клада будет выступать здание или иное недвижимое имущество. К тому же довольно сложно представить ситуацию, когда собственник намеренно скрывает свое недвижимое имущество от посторонних глаз, оставляя его без своего постоянного контроля. Как правило, в подобной ситуации сокрытие недвижимого имущества происходит в силу естественных сил природы, а не по воле собственника.

Поэтому представляется, что для разрешения данной проблемы следует руководствоваться оставшейся в силе статьей 20 Закона РСФСР Об охране и использовании памятников истории и культуры от 15.12.1978, которая устанавливает, что предметы старины, находящиеся в личной собственности граждан и представляющие значительную историческую, научную, художественную или иную культурную ценность признаются памятниками истории.

Так же спорным остается следующий вопрос: каким критерием должно руководствоваться нашедшее клад лицо, определяя ценность обнаруженных предметов⁹. Основным отличием объектов культурного наследия от иных культурных ценностей является то, что они должны быть признаны таковыми государством на основе проведения государственной экспертизы и принятия решения о включении указанных объектов в единый государственный реестр объектов культурного наследия¹⁰. Лица, обнаружившие клад, как правило, не обладают специальными знаниями в данной сфере и не могут определить какие вещи относятся к объектам культурного наследия. Отсюда должен следовать вывод: любые обнаруженные вещи в составе клада необходимо предъявлять компетентным государственным органам для решения вопроса о том, являются ли указанные предметы объектами культурного наследия. Однако обязанность предъявлять обнаруженные вещи соответствующим органам законом не установлена, следовательно, шансов на то, что обнаруженные объекты попадут в государственную собственность, практически нет.

Подобные шансы невелики, если принять во внимание установленный законом размер вознаграждения, полагающегося лицу, обнаружившему такой объект.

В соответствии с пунктом статьи 233 ГК РФ собственник имущества, где клад был сокрыт, и лицо, обнаружившее клад, имеют право на получение вместе вознаграждения в размере пятидесяти процентов стоимости клада. Вознаграждение распределяется между этими лицами в равных долях, если соглашением между ними не предусмотрено иное.

⁹ А.П. Анисимов, *Клад как основание...*, С. 75.

¹⁰ М.А. Александрова, *Гражданско-правовой режим...*, С. 70.

Нельзя не согласиться с точкой зрения, согласно которой право на вознаграждение в размере лишь половины стоимости найденных объектов не стимулирует лиц, открывших клад, заявлять об его обнаружении и передавать ценности государству¹¹. Напротив, у лиц может возникнуть вполне объяснимое желание сбыть ценности на черном рынке и получить за них полную стоимость, но уже в обход нормы ГК РФ.

В законодательстве многих зарубежных стран данный вопрос решается иначе: в Турции лицо, обнаружившее клад, имеет право на получение 80% от рыночной стоимости найденного¹². В Великобритании между собственником земли, на которой был обнаружен клад, и лицом, обнаружившим клад, делится полная стоимость найденных предметов¹³. Справедливо разрешался этот вопрос в дореволюционном гражданском законодательстве: лицу, нашедшему клад, государство выплачивало его полную стоимость¹⁴.

Важнейшим недостатком механизма приобретения права собственности на обнаруженные в составе клада объекты культурного наследия является и то, что государство не всегда заинтересовано в приобретении права собственности на указанные объекты. Пункт первый статьи 48 Закона об ОКН устанавливает, что объекты культурного наследия независимо от категории их историко-культурного значения могут находиться в федеральной собственности, собственности субъектов РФ, муниципальной собственности, частной собственности, а также в иных формах собственности, если иной порядок не установлен федеральным законом. Исследуемая норма ГК РФ как раз и устанавливает иной порядок: обнаруживаемые в составе кладов вещи, относящиеся к объектам культурного наследия, всегда должны передаваться в государственную собственность.

Данная коллизия норм действующего российского законодательства относительно приобретения права собственности на клад, в составе которого находятся вещи, относящиеся к памятникам истории и культуры, позволяет сделать вывод о том, что механизм нуждается в совершенствовании¹⁵.

5. Предлагаемые нововведения

Представляется, что механизм приобретения права собственности на клад, в состав которого входят вещи, относящиеся к памятникам истории и культуры, должен выглядеть следующим образом.

11 Д.В. Мазеин, *Некоторые проблемы правового регулирования гражданского оборота движимых культурных ценностей*, Актуальные проблемы гражданского права 8/2004, С. 147.

12 J. Blake, *Export Embargoes and International Antiquities Market – the Turkish Experience*, Art, Antiquity and Law 3/1997, С. 233-241.

13 N. Cookson, *Treasure Trove: Dumb Enchantment or New Law*, Antiquity 2/1992, С. 399.

14 Ф. Волкова, *Свод Законов Российской Империи*, Санкт Петербург 1897, С. 134.

15 М.А. Александрова, *Гражданско-правовой режим...*, С. 75–78.

Государство ставится в известность о факте обнаружения клада, содержащего культурные ценности. Компетентные государственные органы в установленном законом порядке проводят экспертизу обнаруженных вещей и делают один из следующих выводов.

Если обнаруженные вещи по заключению государственной экспертизы не относятся к объектам культурного наследия, они поступают в собственность обнаружившего их лица и собственника имущества, в котором клад был сокрыт, в равных долях, с выдачей указанным лицам документа, подтверждающего законность приобретения права собственности на указанные предметы.

Если обнаруженные вещи по заключению государственной экспертизы относятся к объектам культурного наследия, осуществляется их постановка на государственный учет. В течение четко определенного срока компетентным государственным органом должно быть принято решение, определяющее судьбу данных вещей.

В случае если государство не заинтересовано в поступлении указанных вещей в государственную собственность, ценности поступают в собственность лица, их обнаружившего и собственника соответствующего имущества с выдачей документа, подтверждающего законность приобретения права собственности на указанные предметы.

Если государство обращает указанные вещи в государственную собственность, обнаружившему клад лицу и собственнику имущества выплачивается вознаграждение в размере рыночной стоимости данных вещей.

В предлагаемом варианте государство, не заинтересованное в приобретении конкретной обнаруженной вещи, признав ее объектом культурного наследия, возьмет его под охрану, но будет избавлено от несения бремени по содержанию данного объекта за счет государственных средств и от выплаты вознаграждения наследнику.

Лицо, обнаружившее клад, и лицо, в имуществе которого клад был найден, при отказе государства от приобретения права собственности на него путем предъявления указанного объекта компетентным государственным органам, легитимирует свое приобретение, становится законным собственником обнаруженного объекта культурного наследия и может распорядиться им по своему усмотрению.

Таким образом, подобные правила позволят государству получать информацию о большинстве вновь обнаруживаемых на его территории движимых объектах культурного наследия, а также приобретать в собственность только те объекты, в которых имеется действительная необходимость. В то же время у лиц, обнаруживших ценные предметы, появится стимул довести информацию об их обнаружении до государственных органов, так как подобные действия позволят указанным лицам легитимировать свое приобретение.

6. Заключение

Подводя итог всему вышеизложенному, можно сделать следующий вывод: механизм приобретения права собственности на клад в РФ не достаточно регламентирован, что порождает в практических ситуациях правовую неопределенность относительно того, какое лицо приобретет право собственности на обнаруженный клад в той или иной ситуации. Следует обратить внимание на то, что правоприменительная практика по освещенным проблемам неоднозначна, поэтому говорить о *священности* права собственности на обнаруженный клад в настоящее время не представляется возможным.

Биографическая аннотация:

Мария Быстрова – Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет. Научные интересы: гражданское право (в частности: обязательственное право, наследственное право), семейное право, корпоративное право.

SUMMARY

Controversial issues in the context of the acquisition of the ownership of the treasure

The study aims at an evaluation of the acquisition of the ownership of the treasure in the civil law of the Russian Federation. The author presenting the selected controversial issues according to the acquisition of the ownership of the treasure focus on its practical dimension with a special emphasis on the cultural heritage.

KEYWORDS: ownership of the treasure, cultural heritage, civil law

ОЛЬГА ДОБРЫНИНА

Приобретение права собственности на самовольную постройку

В российском праве вопросам самовольной постройки посвящены: статья 222 ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации)¹, Постановление Пленумов ВС РФ (Верховного Суда Российской Федерации) и ВАС РФ (Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации) от 29.04.2010 № 10/22 О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав², Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда от 09.12.2010 № 143 Обзор судебной практики по некоторым вопросам применения арбитражными судами статьи 222 Гражданского кодекса Российской Федерации³.

Самовольная постройка – это жилой дом, другое строение, сооружение или иное недвижимое имущество, созданное на земельном участке, не отведенном для этих целей в порядке, установленном законом и иными правовыми актами, либо созданное без получения на это необходимых разрешений или с существенным нарушением градостроительных и строительных норм и правил.

Лицо, которое осуществило самовольную постройку, не приобретает на нее права собственности, и такое строение должно быть снесено. Но существует возможность избежать этого.

Признание права собственности на самовольную постройку осуществляется через суд. При этом должны соблюдаться следующие условия:

- наличие у истца права собственности, пожизненно наследуемого владения, постоянного (бессрочного) пользования на земельный участок, на котором расположен спорный объект;

1 СЗ РФ. 1994 № 32, Ст. 3301.

2 Вестник ВАС РФ. 2010 № 6.

3 Вестник ВАС РФ. 2011 № 2.

- соответствие самовольно возведенного объекта требованиям градостроительных, строительных, экологических, противопожарных и иных норм и правил;
- отсутствие нарушений прав и охраняемых законом интересов других лиц;
- отсутствие угрозы жизни и здоровью граждан;
- принятие истцом мер к получению разрешения на строительство и (или) акта ввода объекта в эксплуатацию.

Остановимся на этих условиях более подробно.

Надлежащим истцом по данной категории дел может быть только лицо, имеющее в собственности, пожизненном наследуемом владении, постоянном (бессрочном) пользовании земельный участок, на котором осуществлена постройка. Лицо должно иметь такой статус к моменту рассмотрения дела в суде. Отсутствие этого статуса дает основание для отказа в удовлетворении иска. Если лицо, осуществившее самовольную постройку, не является субъектом одного из перечисленных прав на земельный участок, то оно может рассчитывать только на возмещение затрат на постройку в размере, определенном судом, но не на признание права собственности на самовольную постройку.

Соблюдение данного условия имеет огромную важность т.к. человек, осуществивший для себя самовольную постройку на чужом земельном участке, не только не приобретает права собственности на нее и не вправе ею распоряжаться, но и лишен возможности легализации этой постройки, в то время как владелец земельного участка, даже если он в строительстве не участвовал, этой возможностью обладает. Такое условие обеспечивает защиту владельцев земельных участков от самовольного захвата земли.

Следует отметить, что до 01.09.2006 статья 222 ГК РФ предусматривала возможность признания права собственности на самовольную постройку за лицом, осуществившим строительство на не принадлежащем ему земельном участке, при условии, что данный участок будет в установленном порядке предоставлен этому лицу под возведенную постройку.

Повторное же обращение в суд допустимо, если истец приобретает необходимое право на земельный участок. Обусловлено это тем, что имеет место новое основание иска - наличие у истца права на земельный участок. Причем требование о признании права собственности на самовольную постройку может выступать как в качестве самостоятельного иска, так и в качестве встречного иска (когда к владельцу самовольной постройки предъявляется иск о ее сносе).

Кроме того, в исковом заявлении необходимо указать на отсутствие опасности для жизни и здоровья граждан и на то, что постройка не нарушает их прав. Это подтверждается отсутствием нарушений или наличием таких нарушений, которые будут признаны незначительными. Бремя доказывания указанных фактов несет истец. Он собирает и представляет доказательства, ходатайствует о проведении экспертиз. Рас-

ходы на это также возмещает истец. В качестве доказательств того, что постройка не представляет угрозы жизни и здоровью граждан, а также соответствует специальным нормам и правилам, истцу необходимо представить положительные заключения уполномоченных органов государственной власти по архитектурно-строительному, пожарному и санитарному надзору, в которых данные обстоятельства должны быть прямо отражены, а сами заключения подписаны уполномоченными должностными лицами. Если представленные им доказательства с учетом доводов от противной стороны не устранят сомнений суда в существовании нарушений или угроз, исходящих от самовольной постройки, иск должен быть отклонен.

В наше время является особо актуальным вопрос о возможности признания права собственности на самовольную постройку, возведенную застройщиком на своем участке без получения административных разрешений, но с соблюдением строительных и градостроительных норм и правил.

По общему правилу, отсутствие разрешения на строительство само по себе не может служить основанием для отказа в иске о признании права собственности на самовольную постройку. В то же время, суду необходимо установить, предпринимало ли лицо, создавшее самовольную постройку, надлежащие меры к ее легализации, в частности, к получению разрешения на строительство и (или) акта ввода объекта в эксплуатацию, а также правомерно ли отказал уполномоченный орган в выдаче такого разрешения или акта ввода объекта в эксплуатацию. В ситуациях, когда административный порядок оформления права собственности на созданный объект недвижимости просто игнорируется, обращение в суд недопустимо. Для большей ясности в фабуле пункта 9 вышеуказанного Обзора от 09.12.2010 указано, что в случае, если истец не предпринимал мер для получения разрешения на строительство до начала строительства или во время проведения работ, то его иск о признании права собственности на самовольную постройку не может быть удовлетворен.

Частым способом узаконивания самовольной постройки является приобретательная давность владения. Согласно п. 1 ст. 234 ГК РФ, лицо – гражданин или юридическое лицо, не являющееся собственником имущества, но добросовестно, открыто и непрерывно владеющее как своим собственным недвижимым имуществом в течение пятнадцати лет, приобретает право собственности на это имущество. При этом сохранение строения не должно нести угрозу жизни и здоровью граждан.

Обязательным условием, необходимым для приобретения права собственности в силу приобретательной давности, является добросовестность на стороне давностного владельца. Добросовестность является оценочным понятием, позволяющим участникам гражданского оборота регулировать свои взаимоотношения, а суду – решать спор с учетом конкретной ситуации. Давностное владение является добросовестным, если лицо, получая владение, не знало и не должно было знать об отсутствии основания возникновения у него права собственности. Открытость давностного владе-

ния предполагает неутаивание владеемого имущества от других лиц. Принятие лицом обычных мер по обеспечению сохранности имущества не свидетельствует о сокрытии этого имущества. Непрерывность давностного владения означает физическое (фактическое) обладание вещью с постоянным присутствием у него намерения владеть этой вещью как своей без значительных перерывов владения с учетом свойств вещи.

По смыслу п. 12 Обзора от 09.12.2010 приобретение права собственности на самовольную постройку в силу приобретательной давности возможно при наличии следующих условий: приобретение постройки по сделке, добросовестность, открытость и непрерывность владения постройкой как своим собственным недвижимым имуществом в течение срока приобретательной давности, наличие у застройщика права собственности на земельный участок, отсутствие нарушений градостроительных и строительных норм и правил, отсутствие претензий третьих лиц, истечение срока давности по требованию о сносе, единственным признаком самовольности постройки может быть отсутствие разрешения на строительство. Тем самым для приобретения права собственности на самовольное строение в силу давности владения необходимо наличие большого количества условий, в связи с чем, легализация строения будет весьма сложной.

При всем этом, факт самовольного строительства является нарушением закона. И поэтому снос постройки является его наиболее типичным последствием.

Более жесткий подход к самовольному строительству сложился в практике из-за того, что в определенный промежуток времени самовольное строительство рассматривалось как способ преодоления многочисленных бюрократических препятствий при строительстве недвижимости. Это привело к появлению массива строений, не соответствующих градостроительным нормам или расположенных на незаконно занятых участках.

Нарушение закона ведет к ущемлению прав определенных субъектов, поэтому у них возникает право подачи иска о сносе постройки. К таким субъектам относятся:

- собственник земельного участка (в ситуации, когда самовольный застройщик не является собственником земельного участка, на котором возведена постройка). Данное требование собственника земельного участка следует рассматривать как негаторный иск. Вместе с тем возможны, ситуации, в которых земельный участок был захвачен застройщиком, т.е. собственник был полностью отстранен от обладания участком. В этой ситуации иск собственника о сносе постройки будет, по сути, нацелен на возврат владения земельным участком и потому его следует рассматривать как виндикационный. Тонкость состоит в том, что основное требование в данной ситуации – снос строения, удовлетворение которого, тем не менее, не возвращает автоматически земельный участок истцу. В связи с этим, для того, чтобы можно было бы квалифицировать требование как виндикационное, оно должно также содержать в себе просьбу истца о возврате земельного участка из незаконного владения застройщика;

- лицо, которому принадлежит ограниченное вещное право на земельный участок, на котором расположена постройка [субъект права постоянного (бессрочного) пользования или пожизненно наследуемого владения земельным участком], потому, что самовольная постройка (даже и возведенная с соблюдением строительных норм и правил) нарушает его права;
- лицо, права и законные интересы которого нарушает сохранение самовольной постройки, т.е. любое лицо при наличии интереса в предъявлении подобного рода исков;
- прокурор и иные уполномоченные федеральным законом органы (в частности, орган строительного надзора) вправе обратиться в суд с иском о сносе самовольной постройки, если они защищают публичные интересы. В качестве иных уполномоченных органов может рассматриваться орган местного самоуправления, на территории которого находится самовольная постройка.

Наихудшее положение занимают лица, купившие квартиры у недобросовестного застройщика. Если ответчик, в отношении которого принято решение о сносе самовольной постройки, не осуществлял ее строительство, он вправе обратиться в суд с иском о возмещении убытков к лицу, осуществившему самовольную постройку. На практике в случае принятия негативного судебного решения о сносе самовольной постройки очень трудно вернуть от застройщика все денежные средства, потраченные на приобретение недвижимости, кроме того, возможны длительные судебные тяжбы. Нередко сами покупатели физические и юридические лица обращаются в суд, желая легализовать строение, однако такое обращение может иметь негативное последствие, поскольку судом постройка может быть признана самовольной и может быть принято решение о сносе.

К сожалению, юридические и физические лица, имеющие право собственности на постройку, не могут иметь 100% защиты своих прав. Это подтверждается судебной практикой. Так, в Обзоре от 09.12.2010 арбитражный суд в одном из решений закрепил, что наличие свидетельства о собственности на объект недвижимого имущества не исключает возможности признания такого объекта самовольной постройкой. Аналогичная позиция содержится в пункте 23 Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 29.04.2010.

При рассмотрении вопроса о сносе самовольной постройки могут возникнуть некоторые вопросы. В частности, если самовольная постройка находится на территории муниципального образования, то могут ли органы местного самоуправления снести ее в административном порядке? В комментариях к законодательству нет единого ответа. Есть мнение, в соответствии с которым административные органы вправе принимать решение о сносе самовольно возведенной постройки, так как такое полномочие может быть закреплено в регламенте за соответствующим административным органом. С другой стороны, есть мнение о том, что принятие решения о сносе самовольной по-

стройки в административном порядке нарушает положения Конституции РФ (ст. 35). Однако практика решает данный вопрос вполне однозначно – действующее законодательство не предоставляет административным органам права принимать решения о сносе самовольных построек, следовательно, такие решения может принимать только суд.

Следующая важная проблема, возникающая при разрешении споров о сносе самовольной постройки, заключается в определении ответчика по делу. Самый очевидный вариант – это лицо, создавшее самовольную постройку. Но не всегда вопрос с ответчиком разрешается так легко. Если самовольная постройка передана во владение другому лицу, ответчиками по иску являются, во-первых, владелец самовольной постройки (так как именно он в случае удовлетворения иска будет выселен из строения) и, во-вторых, самовольный застройщик (так как на него суд должен будет возложить расходы по сносу постройки). Если же застройщик не может быть привлечен к участию в деле (например, в связи со смертью, ликвидацией), то единственным ответчиком по иску о сносе постройки будет ее владелец. В ситуациях, когда владение постройкой осуществляется застройщиком, он и является ответчиком по иску о сносе.

Общий вывод, который можно сделать на основе рассмотренных проблем: право собственности, в частности, на строение, действительно является священным и нерушимым, но лишь в том случае, если оно было получено на законных основаниях, с соблюдением требований, установленных законом.

Биографическая аннотация:

Ольга Добрынина – Иркутский государственный университет, Юридический институт. Научные интересы: вопросы права собственности на недвижимость, уголовное право, уголовный процесс.

SUMMARY

The acquisition of the ownership of the unauthorised construction

The study aims at an evaluation of the acquisition of the ownership of the unauthorised construction. The author present this form of the acquisition of the right to property in the civil code of the Russian Federation emphasising the necessity of fulfilling law norms.

KEYWORDS: unauthorised construction, acquisition of the ownership, civil law

ИННА ЕФРЕМОВА

Принудительный выкуп земельных участков в публичных интересах как форма прекращения права собственности

Статья 35 Конституции РФ (Российская Федерация) закрепляет возможность правомерного принудительного отчуждения любого имущества в публичных интересах, в том числе земельных участков, в установленных законом отдельных исключительных случаях и при соблюдении соответствующей процедуры. Эти отношения известны российскому праву сравнительно давно и на современном этапе получили основную правовую регламентацию в Земельном кодексе РФ¹, а также в некоторых нормах ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации²), Градостроительного кодекса РФ³ и иных нормативно-правовых актов.

Изъятие земельных участков для государственных и муниципальных нужд неизбежно посягает на частные интересы собственника земли, лишает его возможности свободно и беспрепятственно использовать свое имущество. Поэтому основания такого изъятия являются исключительными и закреплены на законодательном уровне. В соответствии со ст. 49 ЗК РФ (Земельный кодекс Российской Федерации) к ним относятся: выполнение международных обязательств РФ, размещение объектов государственного или муниципального значения при отсутствии других вариантов их возможного размещения и иные обстоятельства в случаях, установленных федеральными законами и законами субъектов РФ.

Процедура изъятия земли в публичных интересах регулируется статьями 279-283 Гражданского кодекса РФ. Решение об изъятии земельного участка путем выкупа может быть принято федеральными органами исполнительной власти, органами исполнительной власти субъекта Российской Федерации или органами местного самоуправления. Собственник должен быть не позднее, чем за год до предстоящего изъятия земельного участка письменно уведомлен об этом органом, принявшим решение об

1 СЗ РФ. 2001 № 44, Ст. 4147.

2 СЗ РФ. 1994 № 32, Ст. 3301.

3 СЗ РФ. 2005 № 1 (ч. 1), Ст. 16.

изъятии. Выкуп земельного участка до истечения года со дня получения собственником такого уведомления допускается только с согласия собственника. Решение об изъятии подлежит обязательной государственной регистрации.

На следующем этапе возможно два варианта развития взаимоотношений между собственником земельного участка и органом, который инициировал изъятие.

В первом случае, собственник согласен с решением о выкупе земельного участка и действует добровольно. Отношение носит характер частноправовой сделки с недвижимостью, в которой каждая из сторон преследует свои интересы и приходит к взаимовыгодному результату.

Во втором случае, собственник не согласен с решением и условиями выкупа. В такой ситуации государственный орган, принявший решение об изъятии, может обратиться в суд с иском о выкупе земельного участка. Если суд примет решение об отчуждении земельного участка, то оно будет исполнено независимо от воли собственника земли, то есть принудительно.

Интерес представляет природа данного отношения. Несмотря на внешние признаки сделки, принудительный выкуп земли нельзя относить к сугубо рыночному договорному отношению. Ряд авторов (В.А. Евсегнеев и др.) придерживается мнения, согласно которому принудительное изъятие можно считать квазисделкой и формально охарактеризовать отношения как обычную сделку купли-продажи недвижимости. В данном случае акцент делается на том, что земля выкупается по рыночной цене, собственнику возмещается упущенная выгода, обязательна государственная регистрация решения об изъятии, и наконец, результатом выступает переход права собственности и удовлетворение взаимных интересов.

На наш взгляд, данное утверждение отчасти спорно. Собственник лишается законного права владения, использования и распоряжения имуществом против своей воли и часто вынужден приходить к соглашению в отношении выкупной цены и других условий. Он не обладает той свободой, которой обладают равноправные контрагенты при заключении гражданско-правовой сделки.

Исходя из неизбежного дисбаланса публичных и частных интересов, физические или юридические лица как *слабое звено* таких отношений нуждаются в специальных мерах защиты. Такими способами защиты являются: правовая регламентация порядка изъятия земельного участка, ограничение публичных интересов путем перечисления исключительных оснований для отчуждения земли и равноценное возмещение собственнику всех понесенных убытков. Полагается, что эти меры должны восстановить нарушенный баланс интересов, однако пробелы и неточности правового регулирования, существующие коллизии между земельным и гражданским законодательством находят свое отражение в судебной практике и свидетельствуют о том, что компенсация нарушенных интересов собственников не всегда осуществляется в полном объеме.

Прежде всего, это относится к категории принудительного выкупа. Выкуп должен быть предварительным, а его размер – равноценным отчуждаемому имуществу. Под равноценным возмещением понимается цена земельного участка, в которую включаются рыночная стоимость изымаемого участка и находящегося на нем недвижимого имущества, а также все убытки, причиненные собственнику изъятием земельного участка, включая убытки, которые он понесет в связи с досрочным прекращением своих обязательств перед третьими лицами, а также упущенную выгоду⁴.

По соглашению с собственником ему может быть предоставлен взамен участка, изымаемого для государственных или муниципальных нужд, другой земельный участок с зачетом его стоимости в выкупную цену. Но на практике подобное положение не реализуется, поскольку у исполнительных органов государственной власти, субъектов РФ и муниципальных образований возникают сложности с определением земельного участка, который можно было бы предоставить взамен изъятого для государственных или муниципальных нужд. Поэтому, денежная форма возмещения является основной.

Рыночная стоимость земельного участка представляет собой наиболее вероятную цену, по которой объект оценки может быть отчужден на открытом рынке в условиях конкуренции, когда стороны сделки действуют разумно, располагая всей необходимой информацией, а на величине цены сделки не отражаются какие-либо чрезвычайные обстоятельства⁵. Однако в ряде случаев у собственника есть веские основания предполагать, что ценность земли может повыситься в будущем. Насколько оправданы такие предположения закон заранее определить не может. Но собственник земли вправе требовать проверки правильности выплачиваемой ему компенсационной суммы через суд. Исходя из этого можно сделать вывод, что допустима проверка как текущей, так и будущей ценности отчуждаемой земли, если собственник настаивает на этом и обладает доказательствами, что его оценка основана на реальных расчетах (например, заказанный им проект мелиорации обещает определенное повышение доходности земельного участка, а, следовательно, и его ценности).

Закон допускает изъятие не всего земельного участка, а его части. Даже если размеры земельного участка, на который собственник не теряет никаких прав, допустимы в соответствии с действующим законодательством, оставшаяся часть может стать для него мало – или вовсе бездоходной⁶. Закон не предусматривает ситуацию, когда сам собственник требует, чтобы инициатор отчуждения выкупил у него всю его землю, более того, закон вообще не упоминает о возможной бездоходности (или пониженной

4 Постановление Пленума ВАС РФ от 24.03.2005 № 11 О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства, Вестник ВАС РФ. 2005 № 5.

5 Федеральный закон от 29.07.1998 № 135-ФЗ Об оценочной деятельности в Российской Федерации, СЗ РФ. 1998 № 31, Ст. 3813.

6 В.А. Евсегнеев, *Собственность на землю в фокусе интересов*, Журнал российского права 8/2004, С. 69-79.

доходности) для собственника остающейся у него части земли, и в этом видится его пробел.

Выкуп земельного участка затрагивает интересы не только собственников, но и иных лиц – постоянных пользователей земли, лиц, владеющих землей на праве пожизненного наследуемого владения, а также арендаторов земли и лиц, владеющих землей на праве безвозмездного срочного пользования. В связи с отсутствием у землепользователей, землевладельцев и арендаторов права собственности на земельные участки последние у них не выкупаются, т.е. им не возмещается стоимость изымаемых участков. Однако им должна быть возмещена стоимость принадлежащих на праве собственности зданий, строений и сооружений, расположенных на изымаемом земельном участке, а также причиненных изъятием убытков, включая упущенную выгоду, в полном объеме. Очевидно, что круг лиц, затрагиваемых изъятием земли, более широкий. Это могут быть лица, владеющие землей на праве застройки, на праве оперативного управления чужим имуществом, на праве доверительного управления, совместной деятельности и др. В числе затронутых лиц могут оказаться обладатели сервитутных прав, поскольку они распространяются на выкупаемую землю.

Множественность субъектов затрудняет правовое регулирование возмещения убытков в случае принудительного отчуждения. Очевидно, что перечисление в законе всех лиц, интересы которых затрагиваются изъятием земли, не является необходимым. На наш взгляд, достаточно общего указания на то, что компенсация должна выплачиваться всем владельцам и пользователям земли, имеющим на нее законный титул. Действующий ГК РФ предусматривает гарантии прав при изъятии земельных участков для государственных или муниципальных нужд, но согласно ст. 280 ГК РФ они распространяются лишь на собственников и содержательно не совпадают с гарантиями, предусмотренными в ст. 57 ЗК РФ, согласно которой убытки возмещаются не только собственникам, но и землепользователям, землевладельцам и арендаторам земельных участков. Очевидна неполнота и неточность норм гражданского законодательства по этому вопросу.

Пробелом правового регулирования является отсутствие однозначного ответа на вопрос о том, на какую дату должны рассчитываться убытки, подлежащие возмещению. Процедура изъятия земельного участка – длительный процесс. До истечения года со дня получения собственником уведомления изъятие невозможно без его согласия. За этот срок стоимость изымаемого участка может существенно измениться в силу объективных рыночных условий, а также в результате действий (бездействия) собственника или других лиц в отношении участка. Проблема заключается в том, что в разных нормативно правовых актах содержатся разные правила определения дня расчета выкупной цены.

Содержание ст. 280 ГК РФ позволяет сделать вывод, что выкупная цена земельного участка определяется на день, предшествующий регистрации решения об изъятии

земельного участка, поскольку риск несения затрат и убытков после этого момента несет собственник. К данным затратам и убыткам ГК РФ прямо относит только те, которые связаны с новым строительством, расширением и реконструкцией зданий и сооружений на земельном участке. Все остальные (например, улучшение, удобрение земель) по смыслу нормы подлежат возмещению.

ЗК РФ устанавливает иные правила. Расходы, понесенные собственниками земельных участков, землепользователями, землевладельцами, арендаторами земельных участков на осуществление застройки земельных участков зданиями капитального типа и проведение других мероприятий, существенно повышающих стоимость земли, после уведомления о предстоящем изъятии, в том числе путем выкупа, земельных участков, возмещению не подлежат. Период совершения данных расходов начинается не со дня регистрации решения об изъятии, а с момента получения уведомления о предстоящем изъятии (ст. 36).

Постановление Пленума ВАС РФ (Высший Арбитражный Суд Российской Федерации) от 24.03.2005 № 11 О некоторых вопросах, связанных с применением земельного законодательства содержит еще один момент определения выкупной цены, который существенно отличается от установленного законом – в случаях, когда собственник не согласен со стоимостью объекта, установленной в решении уполномоченного органа об изъятии земельного участка, или когда выкупная цена в нем не указана, и сторонами после принятия решения об изъятии не достигнуто соглашения о выкупной цене, арбитражный суд определяет стоимость объекта, исходя из его рыночной стоимости на момент рассмотрения спора.

Таким образом, можно выделить три разных подхода к определению дня расчета выкупной цены. Эта неясность лишает собственника необходимой гарантии защиты своих интересов.

Помимо условий выкупа земли интерес представляет сама категория *государственные и муниципальные нужды*, которой в случае изъятия земельного участка придается большая важность, чем категории *частная собственность*, что и позволяет лишить физическое или юридическое лицо его законных прав.

Стоит отметить, что легального определения государственных и муниципальных нужд в действующем законодательстве РФ не дано. Можно согласиться с В.А. Евсегнеевым, что это публичные нужды, удовлетворение которых идет на пользу либо всего населения страны, либо жителей муниципального образования или региона⁷.

Основания для изъятия земельного участка из частной собственности должны соответствовать таким критериям, как социальная потребность, общественная необходимость и общественные интересы. В литературе эти критерии охватываются поня-

7 В.А. Евсегнеев, *Собственность на землю...*, С. 69-79.

тием *общественная польза*⁸. Это понятие нельзя считать однозначным, так как орган, иницирующий отчуждение, может выступать в отношении имущества и как субъект, наделенный публичными полномочиями и своей деятельностью в отношении участка приносящий пользу всему населению, и как обычный собственник, извлекающий из земли доход в своих интересах. Поэтому понятие *государственные и муниципальные нужды* может выражать как публичные, так и частноправовые потребности. Кроме того, нет серьезных препятствий тому, чтобы изъятый для государственных или муниципальных нужд земельный участок мог использоваться другими частными лицами при условии удовлетворения публичных нужд.

На практике причиной изъятия земельных участков является не только строительство конкретных объектов электроэнергетики или газового хозяйства, перечень которых дан в ЗК РФ, но и такие многозначные и неопределенные по объему и содержанию основания, как *реконструкция города, комплексная реконструкция, застройка муниципального образования* и т.п. Для того чтобы избежать случаев злоупотребления публичными органами своих полномочий, в отношении каждого конкретного решения об изъятии земельного участка следует учитывать характер, функциональную направленность, размер объекта и другие обстоятельства.

Таким образом, перед российским законодателем стоит актуальная задача более детально разработать положения, касающиеся изъятия земельных участков для государственных или муниципальных нужд, привести в соответствие нормы разной отраслевой принадлежности. В современных условиях любое правовое ограничение прав и свобод человека требует подробной правовой регламентации, отсутствия пробелов и неточностей в законодательстве.

В заключение стоит отметить, что институт принудительного изъятия земельных участков для государственных и муниципальных нужд предусмотрен законодательством многих государств, допуская право государства на принудительное прекращение права собственности на землю. Общим для всех правовых систем является использование таких фундаментальных принципов, как ограничение целей изъятия государственными и муниципальными нуждами, принцип справедливой компенсации стоимости земельного участка. Однако, учитывая все гарантии и меры, восстанавливающие баланс публичных и частных интересов, право частной собственности на землю ограничено общественными интересами и потребностями социального характера, т.е. очевиден отказ от абсолютного характера права собственности и его полной неприкосновенности.

8 У. Маттеи, Е.А. Суханов, *Основные положения права собственности*, Москва 1999, С. 187-189.

Биографическая аннотация:

Инна Ефремова – Иркутский государственный университет, Юридический институт, отделение международного права. Научные интересы: гражданское право, международное частное право, международный коммерческий арбитраж, транспортные обязательства, договор международной перевозки.

SUMMARY

Compulsory purchase of the land in the public interest as a form of the property right limitation

The study aims at an evaluation of the compulsory purchase of the land in the public interest in regards to the article 35 of the Constitution of the Russian Federation. The author present the compulsory purchase in the public interest, including land, as a form of the property right limitation, that should fulfil the selected, established law procedures.

KEYWORDS: compulsory purchase, land property, public interest

LARISSA HENNICKE

Property Issues Relating to Deep-Seabed Mining in the Light of the United Convention on the Sea of 1982

Since ancient times, property has been regarded as one of the most significant legal concepts shaping the world. It constitutes an integral element of human rights and provides the basis for a functional, civilized society as well as human well-being. Property law not only settles the means and scope of property's use and gives the entitled defensive rights against infringements from outside. It also implies obligations arising out of the ownership of property.

Most of these provisions are governed by national bodies. Some subjects, though, require special regulations of proprietorship. Most commonly, these are either ones that touch upon the rights and existence of humankind, or are ones which are of vital interest to the international community. Precisely, they include either vast areas, not belonging to any state, such as Antarctica, space or environmental media, i.e. the atmosphere, the hydrosphere or the lithosphere.

The oceans are a vital element of the environmental media, since they cover more than 70% of the Earth. Extending from the water surface to their floors, they combine both the hydrosphere and the lithosphere. Not only are they the habitat to most existing species, but they also influence the climate and the geomorphology of our planet and, what is more, they are prerequisite for the ecosystems on land. Moreover, the oceans constitute an intricate world in itself, which reacts sensitively to influences from outside. Hence, the proper common use of the vast waters concerns nearly all terrestrial inhabitants. It should be, therefore, of vital political concern.

Unfortunately, the marks on the environmental media left by humans cannot be ignored. This is due to the fast pace of economic growth, commercialization and globalization as well as the huge global demographic increase. When it comes to the quality of water, the impact of ocean-going vehicles, platforms, aquacultures and industry is becoming increasingly destructive. The overall impact of climate change and overfishing

are also serious problems¹. There is, however, another threat to the oceans, which may even be the most dangerous – this is so-called deep seabed mining. Its targets are the largest mineral resource deposits in the world.

The first attempts to mine the sea beds were undertaken in the 1980s, but they were soon undermined by the immense costs incurred. Nowadays, however, the prices of raw materials have risen so high, that deep sea-bed mining has become profitable. Thus, rock-cutting submarine robots and drilling machines which mine manganese crusts, polymetallic nodules or diamonds, are no longer a mere technical experiment.

In spite of the economic benefits and the greater independency of the benefiting countries, deep seabed mining also triggers a number of negative consequences, no matter if they are of an environmental, economic or political nature. Firstly, it turns the seafloor and its nearby waters into a lifeless stone desert. The drilling, due to it causing floating sediment layers, impacts upon areas far away from the mining site. Thus, coral reefs may be covered with mud and die. Secondly, it makes land-mining countries with high exploitation costs less competitive, leading to a wider gap between rich and poor states. Thirdly, it leads to a power shift between those countries which have access to submarine mining sites and, consequently, also resources, and those which have none.

Because of these circumstances, deep seabed mining raises controversial legal questions regarding its conditions, its scope and control thereof. In order to answer these questions, however, it is necessary to determine the property rights to the ocean grounds.

Only in cases where a sea was wholly embedded in one state would there be no such uncertainties as to whom it belongs. But because of their enormous sizes, normally, oceans border a large number of countries. The question of proprietorship over the seas has been raised throughout the existence of humankind. Several examples from history illustrate different views on this issue, ranging from the egocentric to the compromising. The ancient Greeks, for instance, regarded the Mediterranean as their own sea, forbidding other peoples from using it. The Romans shared a similar approach, calling the Mediterranean *mare nostrum*. The Malaysians even called their nation land-water², because they claimed both of these areas for themselves. Great warriors, such as Alexander the Great, used the seas as a means to approach other nations in order to plunder or to invade them. In the second half of the fourth century, the Roman emperor Julian the Great evaluated an opposing idea, maintaining that each person had a natural right to use the seas. Furthermore, in the seventeenth century, the Dutch lawyer Hugo Grotius argued for a *mare liberum*, meaning the seas were *res communes*, so they could not belong

1 Vietnamese Ministry of Foreign Affairs, Ban Ki-Moon Calls for Full UNCLOS Implementation [online]. Biengioilanhtho [access: 2013-30-10]. Available at: <<http://biengioilanhtho.gov.vn/eng/banki-mooncallsforfullunclos-nd-eb260f4a.aspx>>.

2 T. Datin, *How Has the United Nations Convention on the Law of the Sea Fared?*, [at:] *12th Commonwealth Law Conference*, Kuala Lumpur 1999.

to any state³. His opponent, however, John Seldon, defended the older view, calling it *mare clausum*⁴.

Finally, the freedom of the seas doctrine was adopted. First, states only had rights and jurisdiction over a narrow band of water along their coasts. Almost a century later, the cannon-shot rule was invented⁵. It determined a nation's sovereignty as reaching as far as a projectile could be fired from a cannon, which was about 3 nautical miles. This principle, though, lost its acceptance, when technological advances allowed ships to travel further and for longer, thus increasing their output of fishing. Other achievements of the XIXth century included oil platforms and deep seabed mining.

In modern times, both the need for the freedom of the seas and the will to benefit solely from the biggest possible ocean area shape the outline of international maritime law. This can be attributed to the division of the seas into different maritime zones, stretching from the coast parallel to its line. The closer such a zone is, the more sovereignty the coastal state has over it. Thus, nowadays, states have special rights to vaster areas than under the cannon-shot doctrine. However, some states that have not signed the Convention, do not follow the zoning, thus, laying claim to even more extensive parts of the ocean floors. For instance, the USA generally accepts the UNCLOS, except the restrictions relating to deep seabed mining, such as the extensions of the zones and the cooperation with the international community⁶.

According to article 2 of the United Nation Convention on the Law of the Sea (Hereinafter: UNCLOS) of 1982 – also called *the Constitution for the oceans*⁷ a coastal state has sovereignty over its Territorial Waters, restricted only by some provisions for innocent passage. With regard to the Exclusive Economic Zone, article 56 UNCLOS prescribes that each coastal state has sovereign rights to managing living and none-living resources encountered there. Besides, it has jurisdiction over some marine constructional facilities, scientific research, protection and preservation. These powers may extend until the end of the Continental Shelf, if such a thing exists. Moreover, article 81 UNCLOS provides the coastal state with the sole authority over drilling on the Continental Shelf. There are, however, some exemptions to the state's authority over maritime zones. In New Zealand, for instance, the Maori have traditionally owned the foreshores and the sea beds, using

3 C. Thompson, *International Law of the Sea/Seed: Public Domain Versus Private Commodity*, "Natural Resources Journal", vol. 44, 2004, p. 843.

4 T. Datin, *op. cit.*

5 T. Datin, *op. cit.*

6 National Ocean Service, *The Exclusive Economic Zone is the Zone where the U.S. and Other Coastal Nations Have Jurisdiction Over Natural Resources* [online]. NOAA's National Ocean Service [access: 2013-30-10]. Available at: <http://oceanservice.noaa.gov/facts/eez.html>.

7 Vietnamese Ministry of Foreign Affairs, *Ban Ki-Moon Calls for Full UNCLOS Implementation* [online]. Biengioilanhtho [access: 2013-30-10]. Available at: <http://biengioilanhtho.gov.vn/eng/banki-mooncallsforfullunclos-nd-eb260f4a.aspx>.

them for battles, sea weed plantations, canoeing and fishing⁸. Similarly, certain Papuan tribes claim the seabed for themselves, referring to customary law.

The seas extending beyond those zones belong to the so called Area, which almost equates to the High Seas and is regarded as the common heritage of mankind⁹. This means that, in order to undertake mining activities there, the interested state must apply for a license at the seat of the governing organisation in Jamaica. Today, 163 states are members of the Convention¹⁰, comprising the biggest part of the world. However, a large number of states can also require the making of many compromises, which hinders fulfillment of the aims of a multilateral treaty. What is more, the USA, an important global player as well as a coastal and mining state, has not ratified the treaty.

As the high seas' minerals are also the common heritage of mankind, the question is whether, how and by whom they should be exploited. Due to the high prices of submarine mining machines and unequal allocations of intellectual resources, developing countries neither can afford to buy the necessary mining tools nor are they able to develop them by themselves. This leads to a situation in which the rich countries enrich themselves even more by engaging in deep sea-bed mining, while the poor countries remain excluded. However, the UNCLOS was also meant to balance these unequal opportunities. According to article 274 of the Convention, richer states were intended to cooperate with both poorer states and the Enterprise – an organ of the International Seabed Authority, which was established to manage the extraction and sale of seabed minerals. The cooperation should either take the form of offering training and sharing knowledge of how to construct submarine mining machines, or selling and leasing them at low prices. Nevertheless, as time has passed, the effectiveness of the convention has been watered down. On the one hand, innovative countries refused to co-operate, claiming their intellectual property rights. On the other hand, the Enterprise – the once important operating arm of the Authority – stopped being financed by the UNCLOS member states and hence, it is much less powerful than it should be. As the trustee of mankind, the Enterprise shall have the entitlement to minerals, as stated in Annex IV, article 12 of the Statute of the Enterprise. It should also sell its products on a non-discriminatory and non-political basis and what is more, it shall refrain from non-commercial discounts. Thus, states not having the possibility to mine themselves, are not able to purchase low price minerals.

If there is just one cake for a group of individuals, who want to appease their appetite, everyone will try to get the biggest possible piece, until nothing is left. This is not unrea-

8 Information Briefing Service for Members of the Parliament, *The Foreshore and Seabed – Maori Customary Rights and Some Legal Issues* [online]. New Zealand Parliament [access: 2013-30-10]. Available at: <<http://www.parliament.nz/resource/0000000409>>.

9 C. Thompson, *op. cit.*, p. 841.

10 Vietnamese Ministry of Foreign Affairs, *Ban Ki-Moon Calls for Full UNCLOS Implementation* [online]. Biengioilanhtho [access: 2013-30-10]. Available at: <http://biengioilanhtho.gov.vn/eng/banki-mooncallsforfullunclos-nd-eb260f4a.aspx>.

sonable, since if someone refrains from eating, the others will take everything from him. The same happens with the oceans. Although they seem vast, no impact is comparable to that of the large numbers of humans inhabiting and ruling the planet. A different situation arises if the cake is in the hands of just one entity. There is no risk of loss, so why is it unnecessary to consume everything at once? In this situation, it is more reasonable to use only as much as is necessary, keeping the rest for the future. The question is whether the idea of private property can be transferred to the relationship between the seas and states. Even if a country possesses particular property rights with regard to certain maritime zones, this is national property rather than private property. Mining and oil producer lobbies as well as the state's economic, social and political interests, or simple forms of corruption, do have strong influences on the government's political line. Such indifferent attitudes towards their own environments are not even uncommon for several countries, if the undertakings produce enough profit. So far, giving states too many rights to vast marine areas poses an even greater risk of destroying what is meant to be the common heritage of mankind.

The International Seabed Authority should be the solution for an optimal management of marine resources. However, its members are states which have their own interests, powers and also political influences. What is more, the International Seabed Authority is also interested in doing lucrative deals with member states, first, because they can donate money to the Enterprise and, second, because the Enterprise has to transfer to them its gains from the fixed costs of every mining license plus those earned by joint ventures between the Enterprise and the states. It is also worth mentioning that the UNCLOS focuses on the regulation of polymetallic nodules, omitting other meaningful oceanic extractions, such as those of petroleum. Keeping in mind that the ocean has almost as many resources as those on land, these provisions seem insufficient.

Fortunately, Article 287 establishes legal protection of marine disputes, obliging acceding member states to choose one or more of the enumerated courts, should a conflict arise. However, until now, there has been no single case concerning deep seabed mining.

Who is thinking about the oceans? Comparing their protection and preservation to that of the forests, the latter gain much more attention. If they are in a bad condition, they are reforested. Firefighting planes save trees from fires. Wild animals are bred, in order to be set free and to populate the woodlands. But forests are much easier to deal with than the undiscovered depths of the oceans. Furthermore, as the common heritage of mankind, they are actually not treated as such, in comparison to other things that fall under this category.

In conclusion, mining of the high seas is a double-edged sword. It offers a lot of exploitation opportunities, which may enable further economic growth as well as the necessary support for the rising human population. However, although the UNCLOS was meant to protect developing states, they have practically no chance of becoming

involved in mining and profiting from it. Because the oceans are regarded as a bonanza, the actions of different agents that could infringe marine integrity need to be regulated. Due to the huge extent of the High Seas, the remoteness of the deep sea bed and the fact that the oceans are the common property of all, nobody fears overexploitation. But the essence of having property should not only be its exploitation, but also obligations arising out of it. UNCLOS provides coastal states with extensive rights to use their marine zones. The International Seabed Authority has certain controlling and administrative powers, when it comes to the scope and place of exploitation. But the lack of knowledge about the oceans and the lack of regulations regarding the protection and enhancement of the oceans, seems to be alarming.

Biographical reference:

Larissa Hennicke – is a master student at Adam Mickiewicz University Poznań, Poland and Viadrina University in Frankfurt, Germany. In 2013, she obtained a bachelor degree in Polish and German Law. Her professional interests are particularly commercial, international and environmental law.

SUMMARY

Property issues relating to deep-seabed mining in the light of the United Convention on the Sea of 1982

The study aims at the evaluation of the right to property in the context of the deep-seabed mining. The author present deep-seabed mining in the light of the United Convention on the Sea of 1982 focusing on the lack of knowledge about the oceans and the lack of regulations regarding the protection and enhancement of the oceans.

KEYWORDS: right to property, deep-seabed mining, United Convention on the Sea of 1982

MIKOŁAJ KONDEJ

The Safety of Deposits in EU Banks in View of Cyprus's *Bailout Tax*

Cyprus has been a member of the EU (European Union) since 2004. In 2008 this country joined the Euro Zone and adopted EUR as its currency. From 2001 up to 2011 the Cypriot economy was almost constantly growing – the average GDP (gross domestic product) increase in those year amounted to 2,6% with 2009 being the only year with a negative GDP of minus 1,9%¹. However, in 2012, Cypriot GDP decreased by 2,4% and the estimated GDP for 2013 amounts to minus 8,7%. The above-mentioned decreases are the result of a serious crisis in the Cypriot economy. This crisis includes the serious problems of Cypriot Banks which suffer from bad debts and lack of capital. In addition, it is partially caused by the restructuring of Greek debt which severely affected Cypriot Banks.

On 25th March, 2013, Cyprus obtained a €10 billion bailout package. To gain it, the Cypriot Government was obliged to freeze and tax bank assets, in particular in Laiki Bank which suffered most during the crisis. What is worth mentioning is that before the crisis, it was the second largest banking group in Cyprus. As a result of the agreement between the EU and Cyprus, deposits above € 100 k (the amount which is guaranteed under EU law) have been frozen. Part of the funds are currently being used to resolve Laiki Bank debts, others were used to recapitalize the Bank of Cyprus (the biggest Cypriot Bank, the one to which deposits under € 100 k were moved)².

In addition, a *bailout tax* was imposed. At first it was meant to affect all depositaries in Cyprus³. However, in the end it was decided that only the deposits in Laiki Bank would suffer as well as a part of the deposits in the Bank of Cyprus. 37,5% of assets held

1 Eurostat, GDP and main components – volumes [online]. Eurostat Home [access: 2013-08-03]. Available at: <<http://appsso.eurostat.ec.europa.eu>>.

2 M. Kambas, K. Tagaris, *Cyprus banks remain closed to avert run on deposits*, Reuters, 2013-03-25.

3 J. Weisenthal, M. Boesler, *Cyprus Agrees To New Plan To Tax Deposits*, Business Insider, 2013-03-23.

in the Bank of Cyprus were deducted from depositors' accounts and another 22,5% were frozen⁴. Owners of deposits in Laiki Bank are expected to lose even more than that. However, as their loss is dependent on the result of the currently on-going liquidation proceedings of Laiki Bank, the exact amount of losses is not yet known.

The so called *bailout tax* imposed on deposits in Laiki Bank and the Bank of Cyprus raised serious doubts about the safety of deposits across the European Union. Formally, under Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30th May 1994, country-level deposit-guarantee schemes shall cover up to ECU 20 000 in the event of deposits being unavailable⁵. However, the situation in Cyprus raised questions about the certainty of this protection and as a result the safety of money deposited in Euro Zone Banks.

It should be noted that confidence in banks is one of the most important conditions for the proper running of national bank systems. This is because currently most of the developed countries run their banking systems under the fractional reserve scheme. To understand the importance of bank confidence this term should be explained. Generally, when a customer deposits money in a bank, the funds become the property of the bank. In return, customers receive assets in a form which is receivable from the bank. The bank uses the deposited money to grant loans. Thus, only a small amount of the deposited money is saved as a reserve (e.g. currently in Poland the obligatory reserve rate amounts to 3.50%⁶, which means that a bank may use 96,5% of the deposited money for granting loans). As the party receiving the loan usually uses it to pay for certain assets, another party receives the funds from the loan. If this party deposits this money back into a bank account, after deducting the obligatory reserve, the bank may use it to grant further loans. As a result, €100 of the initial deposit, depending on the level of the obligatory reserve rate, can result in e.g. €900 of granted loans in the national banking system⁷. Taking the above into account, any changes in the level of bank deposits automatically affect the country's economic system.

It is also worth mentioning that, as a result of granted loans and low reserve rates, banks usually do not hold enough reserves to cope with all deposits being taken out at once. In other words, banks suffer from a constant mismatch of liquidity as the bank's liabilities are more liquid than their assets (e.g. granted loans). Thus, a banking system

4 A. Granitsas, *Central Bank Details Losses at Bank of Cyprus*, The Wall Street Journal, 2013-03-13.

5 Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30 May 1994 on deposit-guarantee schemes.

6 *Podstawowe stopy procentowe NBP [online]. NBP [access: 2013-08-03]. Available at: <<http://www.nbp.pl/Dzienne/Stopy.htm>>.*

7 The exact amount may be calculated by using the formula: $m = 1 / R$, where m – is the maximum amount of money which may be created from a deposit and R is the obligatory reserve rate.

works only as long as investors forecast that banks will survive. If customers expect problems with bank liquidity their actions may cause severe problems. In particular, there is a risk that a bank will not be able to close its investment (e.g. sell loans) fast enough to meet the demands of depositaries. Thus, a crisis of confidence in bank liquidity may be perceived as a kind of self-fulfilling prophecy.

During a bank run, depositors rush to withdraw their deposits because they expect the bank to fail. In fact, the sudden withdrawals can force the bank to liquidate many of its assets at a loss and to fail. In a panic with many bank failures, there is a disruption of the monetary system and a reduction in production⁸.

Many of the global economic problems were caused by the loss of confidence in banks and subsequent bank runs which ruined local banking systems, and subsequently countries' economies. This had echoes of the great depression. One of the European legs of this crisis was the failure of Creditanstalt in Austria. Creditanstalt not only granted loans but also invested in various companies⁹. In the 1930s this bank expected serious problems with liquidity. The Austrian government's policy, aimed at guaranteeing its deposits, resulted in putting the government's own creditworthiness into question¹⁰. In today's language Credit-Anstalt was too big to fail, but too big to save¹¹. Even though the bank was saved in the end, the lack of confidence spread, leading to serious economic turmoil across Europe. The following recession indirectly cleared the path for the Nazis to come to power¹².

The above example shows that a crash of the banking system caused by lack of confidence may lead to unexpected events of great and tragic influence for millions of people. Taking that into account, the Cyprus bailout tax could be perceived as a dangerous idea – especially if such a way of handling bank problems spreads across the Europe. However, looking at the bank's deposits from a different perspective, taxing such deposits is a relatively easy way to get rid of growing government debts. For example, it is said that a tax rate of 15 percent on financial assets in Italy would push Italian debt below 100 percent of GDP¹³. Bearing that in mind, deposits located in banks may attract political attention, especially in the current times of serious debt problems for many countries.

8 D.W. Diamond, P.H. Dybvig, *Banks Runs, Deposit Insurance, and Liquidity*, Federal Reserve Bank of Minneapolis Quarterly Review, Winter 2000, p. 14.

9 P. Coy, *Lessons from the Credit-Anstalt Collapse*, Bloomberg Businessweek, 2011-04-20.

10 *Ibidem*.

11 A. Schubert, *The Credit-Anstalt Crisis of 1931*, Cambridge 1991.

12 M. Mcardle, *Why Should You Be Freaked Out About Greece? Remember, The Great Depression Had Two Parts*, Business Insider, 2010-04-28.

13 D. Newer, *The myth of the clammy crisis states*, Handelsblatt, 2013-03-15.

Are deposits safe then in the Euro Zone? To analyse this issue, we should take a closer look at the history of certain European countries. Germany, which is currently said to be the country leading Europe, has used emergency financial instruments several times in its modern history. In the years before World War II, there were several situations in which Germany used its citizens' capital to finance government affairs:

- in 1919, as a result of huge government debt amounting to 180 percent of gross domestic product, a special tax was introduced¹⁴. Taxpayers' assets were taxed with progressive rates beginning at 10% and ending at 65%. Generally, the taxes were to be paid in installments over a 30 year period. Even though the tax rates were very high, huge rates of inflation affected the taxed amounts and devalued the installments;
- in 1922/23 Germany introduced a forced loan for all individuals holding assets worth at least 100 k. marks. The rates were progressive, with persons holding wealth worth 1 m. marks obliged to grant a loan of 10%. In this case also the repayments were seriously devalued by German hyperinflation¹⁵.

Germany also used similar instruments after the Second World War. In 1949, a capital levy was introduced. The tax rate was generally 50% with a tax allowance set at 5000 marks (at that time the average annual pensionable income was 3,850 deutschmarks)¹⁶. The installments were to be paid over a 30 year period and were collected until 1979. A few years later, in 1952, entrepreneurs were forced to provide loans for investment in certain industries. The companies had to pay a total of 1,4% of German GDP and the exact rate of taxation was dependant on the company's profits¹⁷. The forced loan was analyzed by the Federal Constitutional Court which ruled that it did not breach the German constitution¹⁸.

The last attempt to introduce a forced loan in Germany took place in 1982. The government decided to introduce one-off forced loans to promote the housing industry. The taxable amount was based on income from previous tax years and was meant to be paid back without interest. However, in 1984, this tax was declared unconstitutional. In its ruling the German constitutional court stressed that the government had exceeded its rights as it only had the possibility to impose taxes but not obligatory loans. The German constitutional tribunal also defined some requirements for a special levy, claiming that there has to be a group-specific financial interest and corresponding use of funds for such a tax to be introduced.

14 S. Bach, *Capital Levies—A Step Towards Improving Public Finances in Europe*, DIW Economic Bulletin, no. 8, 2012, p. 5.

15 *Ibidem*.

16 *Ibidem*.

17 *Ibidem*.

18 *Ibidem*.

Capital levies were also popular in the 1920s'. They were introduced, for example, in Italy where the rate of *extraordinary tax on capital* graduated from 4,5% to 50% with the payment stretched out over 20 years¹⁹. A similar tax was also introduced at that time in Czechoslovakia. Its progressive rates ranged from 3% to 30%. The tax collection took place during a 3 years period²⁰. In the 1920s, similar taxes were also introduced, with various effects, in Austria and Hungary.

Looking at more modern times, the Italian example can be mentioned. In 1992 the Italian Government introduced a 0,6% one-off levy on bank accounts. Even though the tax was successfully introduced it didn't helped Italy as the Lira had to be devalued in the same year. One year later the Prime Minister of Italy was forced to resign.

The above-mentioned examples show us that the one-off deposit account tax which was introduced recently in Cyprus may also be introduced in any other country. There are several reasons why implementation of such taxes is probable:

- implementation of a deposit tax is easy – it requires only the freezing of bank accounts and deduction of a certain amount of money from each depositary;
- it is hard to evade such a tax –introducing a capital tax usually results in a so – called capital war (people trying to evade the tax and transferring their assets). As national banks are heavily controlled it is relatively easy to order them to freeze assets and subsequently deduct amounts from accounts, however;
- it is fast – a bank account tax may be introduced in just a few days and the budget gains the profit almost immediately;
- it is cheap – imposing such a tax does not require any complicated calculations or valuations.

On the other hand, there are also some negative aspects of such a tax. Firstly, and probably most importantly, is the problem that the community is likely to object to such a tax. Thus, politicians are rather cautious about introducing such an idea as it would probably mean political suicide for them. The second problem is that constitutional problems may arise as regards the legality of such a tax.

Looking more closely at the constitutional problems relating to a bank tax it should be said that the provisions of constitutions regarding the prerequisites for establishing taxation vary significantly between particular countries. In addition, in each case, it is important to also take into account the rulings of constitutional courts which often play a great role in the interpretation of national constitutions. The length of this article does not allow an in-depth analysis of constitutional problems relating to the establishment of a deposit tax. However, based on the Polish constitutional example, I would like to point out some problems which may arise in the case of establishing such a levy.

19 B. Eichregan, *The capital levy in theory and practice*, Nber Working Papers, no. 3096, 1991, p. 20.
20 *Ibidem*.

According to the article 84 of the Polish Constitution, *everyone shall comply with his responsibilities and public duties, including the payment of taxes, as specified by law*²¹. However, according to a ruling of the Polish Constitutional Tribunal dated 7 June 1999 (K 18/98), the imposition of a tax may not result in the confiscation of property. In addition, taxation may not infringe upon the essence of other constitutional rights. According to the Constitutional Tribunal²², the government may impose taxes where the value exceeds income from property. However, such a possibility is limited – the taxation may violate the right to property and become a hidden form of confiscation.

Taking the above considerations into account, the possibility of imposing a deposit tax may be disputable. It could be argued that the legality of such a tax would depend on the circumstances in which it were imposed. In particular, in my view, imposing a deposit tax with a comparatively high rate in normal economic conditions could be perceived as confiscation of property. However, in the case of serious national economic problems (e.g. the risk of bankruptcy) one could argue that imposing such a tax would be acceptable. In particular, in such circumstances, a serious conflict between constitutional values could exist. In cases where the government has to choose between freedom of property and the stability of the country (the possibility of securing other constitutional rights) a deposit tax could be claimed as proportional infringement of liberty.

It should also be noted that the freedom of property may be limited during a state of emergency (polish: *stan wyjątkowy*). Such a state may be announced in situations in which there is a threat to the constitutional order of the state, to the security of its citizens or public order²³. The risk of a country's bankruptcy may be perceived as a threat to all of the above. However, constitutionally, an emergency state is temporal²⁴. In my view, introducing it only to adopt some one-off measures would go against the constitutional reasons for having the emergency state in the first place.

Looking at deposit taxes from the perspective of EU Law, it should also be stated that imposing such a tax is not contrary to Directive 94/19/EC of the European Parliament and of the Council of 30th May 1994 on deposit-guarantee schemes. As was already mentioned, this Directive states that when deposits are unavailable, part of them is guaranteed by the country.

However, taxation of deposits does not activate the guarantee. This is because taxed deposits are not *unavailable* – they are simply no longer owned by the depositary. Thus, the Directive guarantees do not work in the event of deposit taxation.

21 Dz. U. No. 78, item 483.

22 Ruling of The Polish Constitutional Tribunal of 8 October 2007; K 20/07.

23 Article 230 of The Constitution of the Republic of Poland of 2nd April 1997; Dz. U. No. 78, item 483.

24 Limit of maximum 150 days exists.

To conclude, it should be stated that deposits in banks are never completely safe. Certain exceptional political and economic events may cause depositors to lose part or even the full amount of the deposited money. Thus, to safeguard one's funds, one should consider not only diversifying one's assets between banks but also between different countries. On the other hand, taxing deposits is a last-ditch regulatory action. In normal economic circumstances, its introduction is highly unlikely. In particular, in some countries, introducing such a tax could infringe constitutional rights (e.g. freedom of property).

Biographical reference:

Mikołaj Kondej – Ph.D. candidate at the Law and Administration Faculty of the Adam Mickiewicz University Poznań. Graduate of the Adam Mickiewicz University (Law Faculty) and Poznań University of Economics (Finance and Accounting). Currently working in the Tax & Legal Department of PwC Poland.

SUMMARY

The safety of deposits in European Union banks in view of Cyprus's bailout tax

The aim of the study is to evaluate the right to property in the context of the safety of bank deposits in the European Union. In order to present that topic the author focus on the example Cyprus's bailout tax concluding that it should be stated that deposits in banks are never completely safe.

KEYWORDS: bank deposit, Cyprus's bailout tax, tax law

ЕКАТЕРИНА НЕТРУСОВА

Приобретательная давность как способ приобретения права собственности

1. Введение

Приобретательная давность рассматривается в качестве одного из первоначальных оснований приобретения права собственности, при которых правомочия последующего собственника не обусловлены правомочиями предыдущего.

Приобретательная давность является механизмом, обеспечивающим нормальное функционирование гражданского оборота. Её цель и назначение заключается в достижении определенности юридических отношений в сфере фактического владения посредством превращения владения в право собственности. Иными словами, приобретательная давность является средством, позволяющим преодолевать неопределенность отношений в сфере имущественного оборота в ситуации разрыва между фактом и правом.

Институт приобретательной давности регулируется нормами ст. 234 ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации), согласно которым физическое или юридическое лицо приобретает право собственности на имущество, не принадлежащее им на праве собственности, но которым данные субъекты добросовестно, открыто и непрерывно владеют как своим собственным в течение установленного срока: для недвижимого имущества такой срок равняется 15 годам, а для движимого составляет 5 лет. Причем право собственности на движимые вещи по общему правилу возникает автоматически по истечении установленного срока, а на недвижимые – лишь после государственной регистрации, осуществление которой возможно на основании решения суда.

Переходя к более детальному рассмотрению института приобретательной давности, следует отметить, что его выгода заключается в том, что он позволяет ликвидировать тот разрыв права и факта, который имеет место в действительности в связи с несоблюдением предусмотренной законом процедуры передачи права собственности главным образом на недвижимость.

2. Владение имуществом как своим собственным

Прежде всего, следует определить, что же понимается под владением в юридическом смысле. В цивилистической доктрине владение традиционно рассматривается как совокупность двух нераздельно существующих элементов: намерения владеть вещью как своей – *animus possessionis* и фактического обладания ею, выражающегося в телесном соприкосновении – *corpus possessionis*.

В этом смысле необходимо разграничивать владение и держание, поскольку при владении вещью как своей – *pro suo ego* фактический элемент может осуществляться как самим владельцем, так и иным лицом, являющимся несамостоятельным владельцем. А значит, волевой элемент имеет приоритет.

Такое разграничение важно в том смысле, что давностное владение будет продолжаться и тогда, когда его фактический элемент осуществляется другим лицом, которое от имени данного владельца и по договору с ним держит вещь. Следовательно, такое давностное владение не прерывается в результате передачи давностным владельцем имущества во временное владение держателя. Передавая вещь в реальное обладание другого лица, давностный владелец сохраняет хозяйственное господство над вещью и отношение к ней как к своей собственной, а потому продолжает оставаться владельцем.

Таким образом, основным элементом, определяющим наличие или отсутствие владения, является владельческая воля, т.е. намерение владеть вещью как своей.

С учетом выше сказанного необходимо также в этой связи рассмотреть смежный вопрос о перерыве давности владения.

3. Перерыв давности владения

Владение в течение всего давностного срока должно быть обязательно непрерывным и бесспорным, т.е. оно не должно нарушаться отдельными перерывами владения и отдельными случаями оспаривания этого владения.

Перерыв давности владения может произойти двумя путями (основаниями). Первое основание – это нарушение самого владения, перерыв владения как такового. Представляется, что перерывом давностного владения можно считать лишь совершение владельцем таких юридических действий, которые при наличии у владельца права собственности могли бы привести к утрате последнего, а в данном случае приводят к утрате владения вещью как своей, т.е. для давности. В этом смысле для того, чтобы владение считалось прекращенным, должна быть утрачена как реальная, так и потенциальная власть над вещью. Владелец должен утратить не только фактическое обладание ею, но и юридически осуществимое притязание на такое обладание. Следова-

тельно, владение предшествующего владельца окончательно утрачивается лишь после того, как он не воспользовался принадлежащим ему правом исковой защиты своего обладания вещью, которое предоставлено ему ч. 2 ст. 234 ГК РФ.

Напротив, в случае предъявления такого иска об истребовании имущества из чужого незаконного владения давностным владельцем и его удовлетворения имевшая место ранее временная утрата им владения спорным имуществом перерывом давностного владения не считается в связи с выраженной волей на защиту такого имущества и приоритетом волевого элемента перед фактическим.

Второе основание перерыва давностного владения – это предъявление иска со стороны собственника. В этом случае нарушается не столько непрерывность владения, сколько его бесспорность. Если же предъявленный к давностному владельцу иск не был удовлетворен судом, то естественно, что давность должна считаться не прерванной.

Исходя из того, что владение представляет собой волепроявление в отношении вещи, следует признать в качестве еще одного основания – совершение владельцем действий, свидетельствующих о признании им своей обязанности вернуть вещь собственнику. Применительно к приобретательной давности такие действия означают утрату важнейшего реквизита давностного владения – владения вещью как своей.

4. Соотношение исковой и приобретательной давности

Рассматривая соотношение исковой и приобретательной давности необходимо отметить, что законодатель в ч. 4 ст. 234 ГК РФ устанавливает закрытый перечень притязаний, для которых действует специальный порядок соотношения исковой и приобретательной давности, согласно которому приобретательная давность начинает течь только после истечения исковой давности. Это означает, что пока бывший собственник не утратил на основании истечения исковой давности и заявления об этом со стороны ответчика права на удовлетворение виндикационного иска, давность владения не должна приводить к приобретению права собственности давностным владельцем, а через это к утрате права бывшим собственником.

Исходя из выше сказанного, можно сделать вывод о том, что исковая и приобретательная давность текут параллельно, а течение давностных сроков начинается в момент возникновения владения, иначе говоря, с момента завладения вещью узакупителем, а не с момента истечения исковой давности во всех случаях, кроме ситуации с истребованием вещи у добросовестного владельца в порядке виндикации.

При этом надо особо указать на то, что главнейшим недостатком установленного законодателем правила, в соответствии с которым при предъявлении виндикационного иска начало течения приобретательной давности отнесено к моменту истече-

ния исковой давности, является в большинстве случаев невозможность точно установить, истекла ли исковая давность и началось ли уже течение приобретательной давности.

Указанный недостаток напрямую связан с тем, что истечение исковой и приобретательной давности свидетельствуют о делящемся отказе собственника от принадлежащего ему права в пользу давностного владельца. В этом смысле следует особо подчеркнуть, что собственнику обязательно должен быть известен этот владелец. Следовательно, течение исковой давности по виндикации должно начинаться не с момента, когда собственник узнал о нарушении своего права, а с момента, когда он узнал о том, кто именно это право нарушил, т.е. кто именно является владельцем вещи. Если же считать, что исковая давность не течет, пока собственник не узнает о том, кто владеет его вещью, то оказывается, что *de facto* виндикационные иски практически не ограничиваются ни исковой давностью, которая не может начать свое течение в связи с неизвестностью лица, владеющего вещью, ни приобретательной давностью, течение которой в силу ч. 4 ст. 234 ГК РФ также не может начаться до истечения исковой давности.

В связи с этим предлагается изъять виндикационный иск из-под действия исковой давности, так что виндикационное притязание прежнего собственника прекращало бы существование вместе с прежним правом собственности в момент приобретения этого права другим лицом по приобретательной давности, которая начинает свое течение с момента завладения вещью.

5. Добросовестность владения

Для приобретения вещи по давности владения необходима добросовестность. Говоря о категории добросовестности владения, следует отметить, что ГК РФ не содержит прямого ответа на вопрос о том, вредит ли последующая недобросовестность приобретательной давности, а также препятствует ли дальнейшему течению приобретательной давности обретенная добросовестным приобретателем впоследствии осведомленность о неправомерности приобретенного им владения. Иначе говоря, утрачивает ли добросовестный приобретатель статус добросовестного владельца, получив информацию о неправомерности своего владения по отношению к собственнику?

Представляется, что для ответа на этот вопрос, необходимо обратиться к положениям ст. 303 ГК РФ, из содержания которой вытекает, что добросовестный владелец приобретает право собственности на любые виды доходов, полученных до момента, когда он узнал или должен был узнать о неправомерности своего владения, или до получения им повестки по иску собственника о возврате имущества. Однако вопреки распространенной точке зрения тот факт, что при виндикации вещи собственник вправе требовать от добросовестного владельца возврата или возмещения всех доходов, которые тот извлек или должен был извлечь с момента, когда он узнал о неправомерности сво-

его владения или получил повестку по иску собственника, вовсе не свидетельствует о том, что с этого момента добросовестный владелец становится недобросовестным.

Данный вывод можно обосновать следующими аргументами. Заявление третьим лицом притязаний на вещь, находящуюся у владельца, само по себе не может лишить его имеющей объективные основания убежденности в наличии у него правомерного титула владения и не может обладать эффектом превращения добросовестного владения в недобросовестное. Сообщение третьим лицом информации о незаконности владения не лишает владельца добросовестности постольку, поскольку он не обязан верить этому сообщению до тех пор, пока изложенные ему факты не нашли своего подтверждения в судебном разбирательстве. Таким образом, думается, что соответствующее толкование приводит нас к выводу о том, что последующее обретение владельцем осведомленности о неправомерности добросовестного приобретенного им владения не способно лишить его статуса добросовестного владельца.

Рассматривая категорию добросовестности при приобретении владения по давности, следует также указать на еще одно распространенное мнение о том, что после того, как исковая давность по виндикации истекла, недобросовестный владелец превращается в добросовестного. Данная концепция представляется в корне неверной, а недобросовестное владение не может превратиться в добросовестное лишь в силу последующего субъективного отношения владельца к происходящему, поскольку, как говорил римский юрист Юлиан, *никто не может сам себе изменить правовое основание владения*¹. По этому поводу также высказывался И.Е. Энгельман, по мнению которого *по юридической логике нельзя произвольно сочинять себе по собственной фантазии основания владения, – таким может быть только юридический факт*².

Следовательно, в целом следует сделать вывод о том, что ни добросовестное владение не может произвольно превратиться в недобросовестное, ни недобросовестное в добросовестное.

6. Публицианов иск

Еще одним спорным моментом в сфере приобретательной давности является характеристика иска, предусмотренного ч. 2 ст. 234 ГК РФ, согласно положениям которой до приобретения на имущество права собственности в силу приобретательной давности лицо, владеющее имуществом как своим собственным, имеет право на защиту своего

1 И.С. Перетерский, *Дигесты Юстиниана: Очерки по истории составления и общая характеристика*, Москва 1956, С. 57.

2 И. Е. Энгелман, О давности по русскому гражданскому праву: историко-догматическое исследование [online]. Классика Российского Права [Доступ: 2013-06-15]. Доступны на: <<http://www.civil.consultant.ru/elib/books/>>.

владения против третьих лиц, не являющихся собственниками имущества, а также не имеющих прав на владение им в силу иного предусмотренного законом или договором основания.

Одни полагают, что в данном случае имеет место инструмент петиторной защиты, и указанный иск является аналогом римского Публицианова иска – *actio in rem Publiciana*, в соответствии с которым осуществляется защита самого субъективного права давностного владения.

Другие считают, что иск, предъявляемый на основании ч. 2 ст. 234 ГК РФ, служит средством посессорной защиты, которое следует отличать от Публицианова иска. Такой владельческой защитой может воспользоваться любое лицо, доказавшее наличие своего владения перед нарушением, без ссылки на соответствующий титул. Следовательно, таким лицом может быть и собственник, и добросовестный приобретатель, и недобросовестный владелец, которые утверждают лишь о том, что они лишились владения или имеют препятствия во владении незаконными действиями ответчика.

Однако представляется, что в ч. 2 ст. 234 ГК РФ речь идет именно о Публициановом иске, направленном на защиту не всякого, а только добросовестного приобретенного давностного владения.

7. Природа права давностного владения

Говоря о природе права давностного владения, представляется, что такое владение, как правило, характеризуют как ограниченно-абсолютное или, как его еще называют, относительно-вещное право, в целом похожее на право собственности в силу того, что Публицианов иск мог быть предъявлен добросовестным владельцем в отношении всех третьих лиц кроме истинного собственника. Таким образом, титулованное добросовестное приобретение владения вещью порождает сходное с правом собственности вещное право, носящее относительный характер в виду того, что такое добросовестное владение оказывалось беззащитно по отношению к собственнику вещи.

8. Заключение

В заключении хотелось бы отметить, что с течением времени утрачиваются доказательства, заключаются сделки по переходу имущества от одних владельцев к другим. И требование собственником принадлежащего ему имущества спустя многие годы после утраты владения им способно дестабилизировать оборот, затрагивая интересы многих лиц и порождая споры между участниками ранее совершенных с этим имуществом сде-

лок. В этом смысле институт приобретательной давности имеет большое значение в современном законодательстве как позволяющий легализовать давностное владение.

Биографическая аннотация:

Екатерина Нетрусова – Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет. Научные интересы: гражданское право, гражданский процесс.

SUMMARY

Acquiring ownership by prescription as a form of the property right acquisition

The aim of the study is to evaluate the form of acquiring the ownership by prescription in the civil code of Russian Federation. Presenting that form the author focuses on the substantial dimension and integrity of the right to property and limitation of the ownership.

KEYWORDS: property right acquisition, acquiring ownership by prescription, civil law

НАДЕЖДА ПЕЧЕНКИНА

Принцип добросовестности в российском гражданском праве

1. Понятие и содержание добросовестности

В современной отечественной цивилистике все большее внимание уделяется основополагающим теоретическим понятиям, на которых базируются как общеправовые, так и ряд отраслевых дисциплин. Одним из таких понятий является добросовестность участников гражданских правоотношений.

Исторически применение данной правовой категории восходит к римскому частному праву, где добросовестность (*bona fides*) рассматривалась как *собственная честность и доверие к чужой честности, верность данному слову, нравственная обязанность всех людей выполнять свое обязательство, в чем бы оно не выразилось*¹.

В научной литературе давно ведутся споры относительно понятия и содержания добросовестности. Современная цивилистическая доктрина разграничивает добросовестность в субъективном и объективном смыслах (такой подход впервые был предложен И.Б. Новицким). Добросовестность в объективном смысле выступает как принцип гражданского права, действие которого проявляется при возникновении и осуществлении гражданских прав и обязанностей и направлено на достижение равновесия интересов между субъектами отношений. В субъективном же смысле добросовестность относится к внутреннему механизму реализации права и понимается как осознание субъектом правомерности осуществления своих прав и исполнении обязанностей². Некоторые, напротив, отвергают такое деление. Впрочем, все это исключительно доктринальные подходы. Легальная же дефиниция добросовестности в гражданском законодательстве отсутствует.

1 М. Бартошек, *Римское право: Понятия, термины, определения*, Москва 1989, С. 131.

2 Т.Ю. Дроздова, *Добросовестность в Российском гражданском праве*, Иркутск 2006, С. 13-19.

Понятие *добросовестность* имеет самостоятельное значение в качестве не правовой, а, прежде всего философской, моральной категории. В правовой же науке существуют две тенденции: часть ученых-цивилистов (В.П. Грибанов, А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой) рассматривают добросовестность в тесной связи с понятиями *мораль* и *нравственность* и определяют ее как обязанность соблюдения требований морального порядка. Другие (Л.И. Петражицкий, Г.Н. Амфитеатров) полностью отрицают нравственную составляющую добросовестности, рассматривая ее лишь как извинительное заблуждение лица о правомерности его поведения и считая, что переход в неправомерные сферы лишь дестабилизирует практику.

В Модельных правилах европейского частного права (DCFR) предлагается следующая дефиниция: понятие *добросовестность и честная деловая практика* означает стандарт поведения, характеризующийся честностью, открытостью и уважением интересов другой стороны сделки или соответствующего правоотношения.

Также в DCFR разъясняется, что представляет собой поведение, противоречащее добросовестности и честной деловой практике (то есть недобросовестность). Им является поведение, не соответствующее предшествующим заявлениям или поведению стороны, при условии, что другая сторона, действуя себе в ущерб, разумно положила на них³.

Таким образом, составители DCFR исходили из того, что категория добросовестности имеет в своей основе именно требования морального порядка.

Законодательство многих иностранных государств с развитыми правопорядками также оперирует понятием добросовестности. Так, в гражданском праве Италии существует общая оговорка о корректности и добросовестности *la clausola generale di correttezza e buona fede* (ст. 1175 *Должник и кредитор должны вести себя в соответствии с правилами корректности* и ст. 1375 *Договор должен быть исполнен в соответствии с доброй совестью* ИГК). Согласно традиционному подходу, интересы должника и кредитора в обязательственном правоотношении разнонаправлены, и их правовая связь сводится к тому, что кредитор, положение которого квалифицируется как *активное*, наделяется в отношении должника комплексом определенных прав; положение же должника, напротив, характеризуется обязанностью, бременем и квалифицируется как *пассивное*. Отсюда можно сделать вывод, что первое требование (корректность), определяясь в чисто негативных обязанностях и воздержании от определенных действий, обращается в основном к кредитору, в то время как вторая (добросовестность) относится только к должнику, возлагая на него положительные обязанности. Однако современное право в условиях социальной и нормативной эволюции, определяемой переходом государства с либеральной матрицей к социальному правовому государству, требует отказа от индивидуалистической концепции право-

3 Н.Ю. Рассказова, *Модельные правила Европейского частного права, пер. с англ.*, Москва 2013, С. 107.

вых связей: на самом деле корректность и добросовестность выражают одну и ту же концептуальную сущность, определяющую возникновение позитивных и негативных обязанностей, как для должника, так и для кредитора. Должник обязан не только совершить предоставление, но и

осуществить ряд последовательных и дополнительных мер, которые действительно имеют значение для исполнения обязательства и направлены на исполнение с учетом особенностей интереса кредитора в каждом конкретном случае.

Нарушение же принципа корректности и добросовестности будет происходить всякий раз, когда поведение любой из сторон не приводило бы к честности, искренности и социальной солидарности⁴.

2. Принцип добросовестности

Ранее принцип добросовестности мог быть выведен только из содержания п. 2 ст. 6 и п. 3 ст. 10 ГК РФ, напрямую не относящихся к нормам, устанавливающим основные начала гражданского законодательства, так что существование принципа добросовестности в гражданском праве можно было рассматривать лишь как доктринальный подход, не связывавший правоприменителя.

Федеральным законом от 30.12.2012 № 302-ФЗ были внесены изменения в ст. 1 ГК РФ, согласно которым при установлении, осуществлении и защите гражданских прав и при исполнении гражданских обязанностей участники гражданских правоотношений должны действовать добросовестно (п. 3 ст.1 ГК РФ), а также никто не вправе извлекать преимущество из своего незаконного или недобросовестного поведения (п. 4 ст.1 ГК РФ).

Таким образом, принцип добросовестности получил закрепление среди основных начал гражданского законодательства – добросовестность стала правилом. Значение нормативного закрепления общетраслевого принципа добросовестности переоценить невозможно. В пояснительной записке К проекту Федерального закона *О внесении изменений в часть первую, вторую третью и четвертую Гражданского Кодекса Российской Федерации* отмечается, что принцип добросовестности соответствует представлениям современной доктрины гражданского права и давно введен в законодательство большинства стран с развитыми правовыми порядками⁵.

⁴ Р. Perlingieri, *Manuale di diritto civile*, Napoli 1997, С. 213-215.

⁵ Пояснительная записка «К проекту Федерального закона *О внесении изменений в часть первую, вторую, третью и четвертую Гражданского кодекса Российской Феде-*

Нормативное закрепление данного принципа, как гласит вышеупомянутая Записка, позволяет

не только установить важнейшие ориентиры поведения субъектов права, но и более широко применять меры гражданско-правовой защиты в случаях недобросовестных действий участников оборота.

Между тем, складывавшаяся приблизительно до 2006–2007 годов судебная практика свидетельствовала о наличии множества споров, в которых оспаривались действия сторон с точки зрения их формального несоответствия каким-либо требованиям законодательства, но при этом при полном игнорировании вопросов добросовестности. Именно поэтому мы имеем массу примеров судебных споров о признании незаключенными или недействительными договоров по формальным, а порой даже надуманным, основаниям, к которым по стечению обстоятельств одна из сторон утратила интерес, что в свою очередь своей массовостью дестабилизирует гражданский оборот в целом.

На данное обстоятельство совершенно справедливо было обращено внимание в Концепции развития гражданского законодательства, и в настоящее время соответствующие корректировки законодательства предложены в проекте изменений ГК РФ, а в части общих положений уже приняты в качестве закона и вступили в силу.

Также на практике суды зачастую полностью игнорируют доводы сторон о недобросовестности процессуального оппонента, или же дают им исключительно формальную оценку, не рассматривая по существу. Например, в судебных актах по делу № А56-41770/2010 (Определение Президиума ВАС РФ от 17.10.11 г. по делу № А56-41770/2010) действия руководителя общества с ограниченной ответственностью не получили оценки арбитражных судов с точки зрения их добросовестности, несмотря на то, что истец в обосновании своих требований ссылался на необходимость проверки соответствующих обстоятельств.

Игнорирование судами, в том числе и высшими, обстоятельств, свидетельствующих о недобросовестности стороны по договору, наглядно демонстрирует судебный спор по делу № А65-4166/66-СА3-36 (Постановление Президиума ВАС РФ от 20.09.2011 N 2549/11), при разрешении которого перед Президиумом ВАС РФ был поставлен вопрос о правомерности действий правообладателя по договору коммерческой концес-

рации, а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации [online]. Консультант Плюс Онлайн [Доступ: 2013-06-23]. Доступны на : <<http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=PRJ;n=93951>>. а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации» [online]. Консультант Плюс Онлайн [Доступ: 2013-06-23]. Доступны на : <<http://base.consultant.ru/cons/cgi/online.cgi?req=doc;base=PRJ;n=93951>>. а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации, Консультант Плюс Онлайн.

сии. Суду требовалось установить, вправе ли правообладатель одновременно с другой стороной договора использовать переданный последней комплекс исключительных прав на территории действия этого договора. Признавая действия правообладателя правомерными, ВАС РФ исходил из того, что договор не содержит условий, ограничивающих такую возможность.

В то же время судья ВАС РФ Т.Н. Нешатаева изложила особое мнение, согласно которому для правильного разрешения подобного спора было необходимо дать оценку отношениям контрагентов с точки зрения их разумных ожиданий, учесть, что правообладатель ввел пользователя в заблуждение, а также принять во внимание то, что правообладатель не выполнил свою обязанность по наиболее полному раскрытию информации об объеме передаваемых пользователю исключительных прав. Иными словами, в особом мнении судьи ВАС РФ фактически поставлен вопрос о добросовестности действий правообладателя по договору франчайзинга, и, поскольку добросовестность, в соответствии с внесенными в ГК РФ изменениями, выступает теперь в качестве основополагающего общеправового принципа гражданского права, то именно это особое мнение следует рассматривать как наиболее обоснованную позицию по данному делу с точки зрения действующего законодательства, и именно оно должно теперь выступать в качестве вектора судебной практики.

Конечно, необходимо отметить тенденцию двух-трех предшествующих лет, по которой принцип добросовестности, существовавший только доктринально, принимался судами в расчет все чаще и чаще (при этом суды ссылались на п. 3. ст. 10 старой редакции ГК), и от ответа на вопрос о добросовестности лица все больше зависело разрешение конкретного спора. Так, например, согласно постановлению Президиума ВАС РФ от 08.02.2011 № 12771/10 по делу № А40-111798/09-57-539 о взыскании убытков, причиненных действиями ответчика по заключению сделок, противоречащих интересам истца, дело направлено на новое рассмотрение в суд первой инстанции, так как при рассмотрении спора судом не была дана оценка действиям ответчика с точки зрения добросовестного и разумного осуществления прав и исполнения обязанностей, не исследованы соответствующие доказательства. Однако, несмотря на наличие тенденции, удельный вес подобных решений в общей массе дел был чрезвычайно мал.

Также заслуживают внимания положения *второго пакета* изменений ГК РФ, вводимые законом от 07.05.2013 № 100-ФЗ и вступившие в силу 1 сентября 2013 г., основанные на принципе добросовестности. В частности это:

- установление запрета требовать признания оспоримой сделки недействительной тем лицам, которые ранее ее одобрили или своими действиями подтвердили намерение ее исполнить;

– признание обманом намеренного умолчания об обстоятельствах, о которых лицо должно было сообщить при той добросовестности, которая от него требовалась по условиям оборота.

3. Презумпция добросовестности

Еще одной новеллой в гражданском законодательстве, относящейся к категории добросовестности и введенной в действие законом от 30.12.2012 № 302-ФЗ, явилось изменение формулировки презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений. Пункт 5 ст. 10 ныне действующей редакции ГК РФ гласит: *Добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются.*

В предшествующей редакции ГК РФ формулировка презумпции добросовестности звучала следующим образом:

В случаях, когда закон ставит защиту гражданских прав в зависимость от того, осуществлялись ли эти права разумно и добросовестно, разумность действий и добросовестность участников гражданских правоотношений предполагаются.

Следовательно, данная презумпция распространялась лишь на те случаи, когда в законе содержалась прямое указание на защиту права в зависимости от наличия у лица добросовестности. Поэтому такая презумпция могла быть только законной, но не общей.

Но в таком случае встает вопрос: как же следовало расценивать ситуацию, когда в законе не было указания на добросовестность? Из непродуманной формулировки п. 3 ст. 10 ГК РФ вытекало, что *в принципе субъекты гражданско-правовых отношений изначально предполагаются недобросовестными, но до тех случаев, пока закон не указал на необходимость действовать добросовестно.* Представляется, что подобное толкование не соответствует замыслу законодателя, и перед нами лишь пример несовершенства законодательной техники, который был ликвидирован с вступлением в силу 1 марта 2013 г. соответствующей нормы в виде общеправовой презумпции. Несовершенство действовавшей ранее редакции рассматриваемой нормы выражалось в необоснованном ограничении сферы действия презумпции добросовестности участников гражданских правоотношений. В нормах ГК РФ, посвященных договору аренды, отсутствуют указания на добросовестность как необходимое требование для защиты прав арендодателя (арендатора), но, тем не менее, суды часто ссылались в обоснование своих доводов на п. 3 ст. 10 ранее действовавшей редакции ГК РФ. Однако Девятый арбитражный апелляционный суд в постановлении от 18. 09. 2012 г. по делу

№ А40-113402/11-157-985 оставил без изменений указал в обоснование своей позиции, что

брремя доказывания (...) обстоятельств [возврата предмета аренды] возлагается законодателем на арендатора. Поскольку ответчиком нарушение арендодателем прав и обязанностей, вытекающих из спорного договора аренды, не доказано, то в силу п. 3 ст. 10 ГК РФ презюмируется добросовестность арендодателя.

Принимая же постановление по делу № А40-66803/12-18-1616 от 12.02.2013 г., Десятый арбитражный апелляционный суд в обоснование своих доводов ссылается на презумпцию добросовестности векселедержателя в силу п. 3 ст. 10 ГК РФ, хотя защита прав держателя векселя в соответствии с российским гражданским законодательством не ставилась в зависимость от того, осуществлялись ли эти права добросовестно. Таким образом, практика последних лет, опережая законодательное урегулирование данного вопроса, уже применяла презумпцию добросовестности как безусловную.

4. Критерии добросовестности

Вводя общеотраслевой принцип добросовестности в ГК РФ, законодатель не раскрывает само содержание понятия добросовестности, не устанавливает критериев для признания субъекта гражданского права добросовестным.

По своей природе категория *добросовестность* относится к оценочным понятиям гражданского права, но все же создание неких границ судейского усмотрения при обращении к данной категории представляется необходимым для предупреждения злоупотреблений со стороны правоприменителя, а значит, возникает надобность в законодательном установлении определенных критериев добросовестного поведения субъекта.

В данный момент судебная практика показывает, что в каждом деле добросовестность спорящих сторон оценивалась наряду с целым комплексом других обстоятельств, имевших место в рамках их взаимоотношений. Таким образом, получается, что каждый состоявшийся судебный акт, в котором была оценена добросовестность сторон, по своей сути, по набору исследованных обстоятельств, как правило, уникален, а, следовательно, может и не подойти для применения как образец для другой ситуации, в том числе и в превентивных целях.

В российской цивилистической доктрине выработана система критериев добросовестности, применимых для всех подотраслей гражданского права, что сейчас, с при-

нятием изменений в ГК РФ, закрепивших добросовестность в качестве общеотраслевого принципа, приобрело особую актуальность.

Представляются разумным выделение критериев добросовестности, предложенных Т.Ю. Дроздовой:

- наличие нарушения субъективных прав других участников гражданских правоотношений;
- незнание субъекта об обстоятельствах (заблуждение), которое в результате приводит к нарушению субъективных прав;
- отсутствие вины субъекта в его незнании (заблуждении) о каких-либо обстоятельствах⁶.

Пока критерии добросовестности остаются лишь теоретическими разработками цивилистической доктрины, что позволяет судам применять нормы, содержащие категорию добросовестности, руководствуясь своими собственными критериями в рамках судейского усмотрения. Очевидно, что это не может являться гарантией единства практики и стабильности гражданского оборота.

Рассмотренный в данной работе новый общеотраслевой принцип гражданского права является, безусловно, очень тонким правовым инструментом. Поэтому, следуя словам Е. В. Филатовой, во избежание злоупотреблений *для практического применения принципа добросовестности требуется не только его законодательное закрепление, но и определенный уровень правовой культуры*⁷.

Биографическая аннотация:

Надежда Печенкина – Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет. Научные интересы: римское право, гражданское право (защита вещных прав, авторское право).

SUMMARY

The principle of good faith in the Russian civil law

The aim of the study is to present the functioning of the principle of good faith in the civil law of the Russian Federation. The author focus on the meaning of the good faith concept, its integrity and presumption

KEYWORDS: the principle of good faith, civil law, Russian Federation

⁶ Т.Ю. Дроздова, *Добросовестность...*, С. 21.

⁷ Е.В. Филатова, *Принцип добросовестности в гражданском праве России и зарубежных стран*, Право и политика 4/2009, С. 804.

KORNEL SADOWSKI

The Abstraction Principle and the Separation Principle in German Law

One of the differences that appears to be particularly vivid is the application of the ownership transfer rule in German law, that is the principle of abstraction and the principle of separation. I thought that this would be interesting for the audience of this conference, as it is a legal solution which does not exist in the Russian or Polish legal systems, but is very characteristic of German law.

1. Introduction

The principles which are the subject of my speech cannot be found in Polish law and, therefore, before they are defined, how they are addressed in Polish legislation should be explained. According to the Polish Civil Code, a sales agreement or other agreement involving the obligation to transfer ownership entails material consequences and obligations, so it transfers ownership. However, German Civil Code (Hereinafter: BGB) regulates this issue in a different way. According to the separation principle (*Trennungsprinzip*), legal acts creating obligation and legal acts on property transfer (disposition)¹ are separate. This means that the transfer of ownership requires not only a sales or donation agreement, but also an agreement on actual property transfer.

Then, according to the abstraction principle (*Abstraktionsprinzip*), a defect in an obligatory contract will not invalidate a contract on ownership transfer². It may, therefore, happen that after the conclusion of the two agreements, the obligatory contract is not valid, but this does not affect the validity of the contract which transferred the ownership. Despite the void obligatory contract (i.e. sales agreement) the purchaser becomes the owner of the property. This ensures the effectiveness of contracts on ownership transfer.

1 R. Bork, *Allgemeiner Teil des Buegerlichen Gesetzbuchs*, 2011, p. 176.

2 R. Bork, *Allgemeiner Teil des Buegerlichen Gesetzbuchs*, p. 188.

2. Obligatory and dispositive legal acts

When discussing the two principles, a thorough analysis of obligatory and dispositive legal acts should be carried out as a starting point.

A legal action is a whole legal event which includes at least one statement of intent. The doctrine provides a number of different legal classification criteria for legal acts. From the point of view of the principles discussed here, three divisions are relevant.

The first criterion classifies legal actions in terms of the legal consequences of acts for the property of the person making a statement of intent. Three types of acts can be distinguished.

2.1 Obligatory legal acts

Obligatory legal acts involve an obligation to increase liabilities. The result is the creation of claims which did not exist before, thus leading to the formation of an obligatory relationship. One party is obliged to provide what the other party may require. Thus, there is an obligee and an obligor. This condition is a consequence of a legal act, not a statutory duty.

In German law, this situation arises, for example, as a result of a sales agreement, § 433 of BGB. The buyer acquires the claim to transfer ownership of a property to him. Thus, with the conclusion of the contract he does not acquire ownership. Therefore, after the conclusion of this agreement, no vindicative claims against the seller arise as the buyer is not yet the owner of property³.

2.2 Dispositive legal acts

Dispositive legal acts are another type in this classification. They involve extinguishing or encumbering rights. This means that this legal act results in acquisition of an existing right by another party.

In German law, an example of this legal act is the norm found in § 929 BGB. It is a provision of great importance. It provides that a transfer of ownership requires the actual delivery and transfer of a title. The transfer of the title is defined as the mutual consent for the transfer of ownership at the time of conveying ownership. It is not, therefore, a statement of intent, but an intent to transfer occurring at the time of the transfer.

This act, as a logical interpretation of the provision indicates, is a legal act that is separate from an obligation - and this is the essence of the principle of separation.

3 R. Bork, *Allgemeiner...*, p. 177.

2.3 Legal acts of double effect

Legal acts of double effect work in opposition to obligatory and dispositive legal acts. They involve both obligatory and dispositive consequences. This means that such acts contain both aspects of obligation and ownership transfer. Therefore, there is no need to perform two legal acts to achieve the desired legal effect.

I would like to use the transfer of ownership in Polish law as an example of this kind of act. According to the standard provided in art. 155 § 1 of the Polish Civil Code, a contract obliging the transfer of ownership conveys ownership to the buyer. The conclusion of the contract of sale does not lead to the formation of a claim for transfer of ownership, but it actually transfers ownership. It is, therefore, a contract resulting in both obligatory and ownership transfer consequences.

Another criterion of legal act classifications is the *causae* criterion (criterion of cause). This division applies only to adoptive actions and it is crucial from the point of view of the principle of abstraction. We can distinguish causal acts for the existence of which the existence of the legal cause is necessary. Here again, I would like to use an example in Polish law, according to which the transfer of ownership requires a valid (without an invalidity defect) obligation. Due to the provision in art. 155 § 1, the existence of the consequence is absolutely dependent on the existence of causes (*causae*), which is an obligation in this case.

The issue is addressed differently for abstract acts, which constitute the second type of legal acts in the cause criterion division. Here, the existence of cause does not determine the existence of the act. This is an example of the abstraction principle. This means that a dispositive legal act is valid and effective regardless of the validity of an obligatory act. The final criterion of the legal act division that is relevant to the issue being discussed here is the criterion of how a statement of intent is made.

The first type is consensual acts, where the very statement of intent is sufficient to give rise to a consequence. An obligatory act is an example of this type. In German law, a claim for ownership transfer arises under the sales contract.

The other category is real acts. These are acts which require actual acts to be effective. A German solution for the transfer of ownership is an excellent example. § 929 of the BGB requires that a property is delivered, which is a purely factual action. It is only after the actual holding of a property is transferred and the other premises have been met that the transfer of ownership can occur.

Obviously, there are some exceptions to this rule, but they usually refer to specific situations, for example an item is already held by the purchaser, as previously the purchaser was a party in the lease relationship.

3. The separation principle

Having analysed the types of legal acts and their classifications, I would like to describe the principles of separation and abstraction.

As was mentioned before, the separation principle separates the obligatory area from the ownership transfer area completely⁴. By obligation, the parties should render services. By disposition, the obligation is realized⁵. This leads to a situation where the standard sales contract involves the conclusion of three contracts: one obligatory contract, one contract on the transfer of the property and one on the transfer of money.

4. The abstraction principle

Discussion of the principle of abstraction focuses on the question of how the ineffectiveness of the causal (obligatory) act affects the effectiveness of the related dispositive act. There are two possible answers. One answer is that the effectiveness of the disposition is assessed in relation to the effectiveness of the obligation in accordance with the principle of causality, where the ineffectiveness of the causal act results in the ineffectiveness of the dispositive act.

The German legislature decided on the principle of abstraction as opposed to the principle of causality. Thus, the effectiveness of a single act has no impact on the effectiveness of the other. Both legal acts are independent from each other and do not affect each other in their effectiveness. The abstraction principle provides that the obligatory act is abstract in the sense that its ineffectiveness does not affect the effectiveness of the dispositive act. Therefore, if the sales contract is successfully challenged by the seller, for example, because of an error in the statement of intent, it will not affect the ownership.

At first glance, this provision seems unnecessary as it leads to totally absurd situations. However, it emphasizes the importance of ownership rights and some autonomy of property rights. Here, the ownership right is so protected that even if there were doubts about the validity of the acquisition grounds, it remains under special protection.

In this case, the settlement between the parties will have to be based on the provisions of baseless enrichment.

4 F. Baur *et al.*, *Sachenrecht*, München 2009, p. 55.

5 R. Bork, *Allgemeiner...*, p. 176.

5. Practice

Let's examine this issue in practice. Undoubtedly, this unusual, from the point of view of Russian or Polish civil law, solution involves a number of differences in practice. I would like to present some examples, which will help us to see this interesting phenomenon more clearly. German jurisprudence has developed a special system to approach case solving. In order to avoid overlooking any of the premises, case solving schemes have been devised. They are not limited to civil law; but also refer to criminal or public law.

When solving a case ad hoc, as students at Polish universities do, one has to identify a problem which occurs in the case and then describe it in detail, noting doctrinal disputes on the matter. German jurisprudence has created a scheme for each type of case in order to analyse a given case. Thus, when solving a case, one must examine one by one all premises that may play a role in solving the case, stopping in those places where a problem emerges. There one should cite conflicting opinions on the subject and support one of them. This practical approach makes it impossible to ignore any premises.

Such schemes also exist for cases involving the acquisition of property, and thus they are directly connected with the abstraction principle and the principle of separation discussed here.

The schemes are constructed according to a very logical rule that seems obvious, but it allows systematized structural thinking, which is very useful when solving complex cases, such as the ones based on the principles of abstraction or separation. Their structure is repeated at each premise and is as follows:

- *Obersatz* that is the introductory sentence which, in the conditional mood, expresses the possibility of the occurrence of a given premise;
- Definition, quoting a legal doctrine or derived from the jurisdiction definition of a given concept;
- Subsumption, a comparison of the facts with the definition mentioned in the previous section;
- The result, the final effect of the analysis, confirmation or exclusion of the premise.

Additionally, in civil cases the existence of the claim is checked. Thus, the general scheme based on three points is as follows:

- a claim arises;
- failure to satisfy the claim;
- possibility of performing the claim.

Depending on the standard on which one wants to base the claim, the content of the premises in each of the three points varies.

Of course, we are interested in premises related to claims, or states of ownership, which are based on the principles of abstraction or separation.

The most common cases related to the principles of separation and abstraction are the ones concerning debt recovery claims. They are constructed in such a manner that ownership is problematic. For some reason, a binding agreement between the parties turns out to be vitiated by nullity. A debt recovery claim under § 985 BGB does not usually arise (it is eliminated at the first point in the scheme) in the absence of the premise of ownership. The seller has lost ownership because the dispositive agreement has remained effective, despite the invalidity of the binding agreement. Cases are constructed in such a way that the cause of the invalidity of the binding agreement is the fact lying in the very contract, and not, for example, in the lack of legal capacity of a party. For the invalidity would affect both contracts in this case, and the seller would remain the owner.

Another classic type of case involving the principles of abstraction and separation is where there is an analysis of the quantity of legal actions taking place at the sale. Here is an example:

K buys two newspapers at the same time from V for the total price of 70 cents and pays one 50 cent coin and one 20 cent coin. V hands over both newspapers. How many legal actions have been taken?

- Sales Agreement between K and V (Kaufvertrag) (§§ 433 ff. BGB);
Obliging action;
- Transfer of ownership of a 50-cent coin from K to V (§ 929 S.1 BGB);
Obliging action;
- Transfer of ownership of a 20-cent coin from K to V (§ 929 S.1 BGB);
Dispositive action;
- Transfer of ownership of the first newspaper from V to K (§ 929 S.1 BGB);
Dispositive action;
- Transfer of ownership of the second newspaper from V to K (§ 929 S.1 BGB);
Dispositive action.

The schemes drawn up by German jurisprudence generally make it easy to solve cases, especially those containing a few problems. They help to prevent the overlooking of any of them.

Here is an example of the scheme containing premises related to the transfer of ownership (§ 929 S.1 BGB):

- the seller is the owner;
- the good is transferred to the buyer;
- consent on ownership transfer;
- duration of consent at the time of transfer.

6. Summary

The principles of separation and abstraction are characteristic of the German system of civil law. They do not exist in Polish law. The comparison of these solutions leads to the following conclusions: In Germany, there is better and more secure ownership protection. The need for a two-step transaction is admittedly more problematic for legal transactions, however, it guarantees certainty. There is also a better protection of the buyer. He gains certainty about the acquired ownership rights, regardless of the possible invalidity of the obligatory contract. Polish solutions do not provide such certainty, but they significantly simplify and accelerate legal transactions.

7. Final thought

I hope that the comparison of legal solutions in different countries will help you to reflect on different possible regulations of the same legal issues. Such comparisons make it possible to select a solution which is more functional and is an inspiration for interesting legislative ideas.

Biographical reference:

Kornel Sadowski – student of German and Polish Law at the Adam Mickiewicz University in Poznań and the European University in Viadrina Frankfurt (Oder). His studies are conducted simultaneously by two universities, one Polish and the other German, and he is taught these two legal systems. This allows him to reach very interesting conclusions. Firstly, it is noticeable that the general way of thinking about the state and law is very similar in both countries. Secondly, however, there are some differences in specific aspects. This leads to a discussion and comparison of the efficacy and functionality of various solutions and a reflection on legislative solutions.

SUMMARY

The abstraction principle and the separation principle in German law

The aim of the study is to evaluate the selected principles applied in German law system – the abstraction principle and the separation principle. Presenting the proposed subject the author focus on the obligatory and dispositive legal acts and practical dimensions of the functioning of the selected principles.

KEYWORDS: abstraction principle, separation principle, German law system

АРУТЮН САРКИСЯН

Доктрина отказа от права: опыт сравнительно-правового анализа

Если представить отечественную цивилистическую материю в виде средневековой карты, то на отрезке, предназначенном для проблематики отказа от права, было бы написано *hic sunt dracones* - земли не только неизведанные, но и опасные для незадачливого путника¹.

1. Введение

Перечень проблем, связанных с понятием отказа от права, неисчерпаем: начиная от общих проблем ограничения правосубъектности, заканчивая обязательствами с отрицательным содержанием. Сложность и многоаспектность препарируемого явления усиливается в разы за счет сильного переплетения с корпоративным законодательством и антимонопольным регулированием, а также вопросами нормирования профессиональной деятельности отдельных категорий специалистов (в частности, юристов, аудиторов, научных работников и др.), труд которых потенциально сопряжен с конфликтом интересов.

Несмотря на то, что предложенная проблема имеет не только большой академический, но и практический интерес, серьезных исследований на эту тему в России не проводилось. Правоприменительная практика, в свою очередь, не найдя должной поддержки у доктрины, пошла по пути наименьшего сопротивления: посредством расширительного толкования предписаний п. 2 ст. 9 и п. 3 ст. 22 ГК РФ *de facto* был установлен запрет на отказ от права, а любые соглашения, направленные на отказ,

¹ Верховный Суд США в деле *Green vs. United States* указал, что термин *отказ* является чрезвычайно расплывчатым, а потому может быть использован как на благо, так и во зло [см. *Green vs. United States*, 355 U.S. 184, 191 (1957)]. Подробнее о Danger of Waivers см. R.E. Towards, *A General Theory of Waiver*, 28 UCLA L. Rev. 478 1980–1981, С. 489–491.

ограничение или воздержание от осуществления права признавались недействительными², за исключением случаев, прямо предусмотренных законом³.

В результате подобных измышлений возникает риск потери правового суверенитета: такие сделки из-за отсутствия их адекватного понимания судами перестали заключаться с использованием инструментария российского права. Очевидно, что на этапе создания ГК в середине 90-х годов прошлого столетия соответствующие положения были оправданы исходя из конкретно-исторических условий. Теперь же, когда конъюнктура рынка изменилась, эти довольно примитивные, категоричные⁴ и лишённые каких либо отступлений от общего правила нормы и их консервативное восприятие судебными инстанциями стали тормозить динамично развивающийся оборот, а потому нуждаются в существенной корректировке, тем более, что в праве ни одной развитой страны мира нет подобных общих императивных предписаний⁵.

В рамках настоящей статьи мы проанализируем англо-американскую и германскую судебную практику и доктрину и сформулируем общие критерии и принципы функционирования отказа от права и воздержания от его осуществления, которые помогут

- 2 Рассматривая дело о взыскании уплаченной арендной платы с арендодателя, препятствующего исполнению договора аренды, суд указал, что в силу положений п. 2. ст. 9 ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации), устанавливающих запрет на соглашение об ограничении осуществления гражданских прав, отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав является недействительным и не влечет правовых последствий (подробнее см.: Постановление Тринадцатого арбитражного апелляционного суда от 24.10.2006 по делу N А56-59054/2005). Данное решение устояло и в кассации (см. Постановление ФАС СЗО – Федеральный арбитражный суд Северо-Западного округа - от 29.01.2007 N А56-59054/2005) и в ВАС (см. определение ВАС РФ - Высший Арбитражный Суд Российской Федерации -от 25.05.2007 N 6204/07).
- 3 Заслуживает отдельного внимания т.н. *дело Мегафон*, в котором суд указал, в том числе, что соглашение, по которому акционеры распоряжаются своими правами, знаменует собой отказ от прав, предоставленных РФ, что противоречит п. 2 ст. 1 ГК РФ, ч. 3 ст. 5 Конституции РФ и является ничем иным, как прямым вмешательством в суверенные права государства, нарушением конституционных принципов российского права, основ правового порядка РФ [см. подробнее: Постановления ФАС ЗСО АС от 31.03.2006 N Ф04-2109/2005(14105-А75-11), Ф04-2109/2005(15210-А75-11), Ф04-2109/2005(15015-А75-11), Ф04-2109/2005(14744-А75-11), Ф04-2109/2005(14785-А75-11)].
- 4 Заслуживает отдельного внимания т.н. *дело Мегафон*, в котором суд указал, в том числе, что соглашение, по которому акционеры распоряжаются своими правами, знаменует собой отказ от прав, предоставленных РФ, что противоречит п. 2 ст. 1 ГК РФ, ч. 3 ст. 5 Конституции РФ и является ничем иным, как прямым вмешательством в суверенные права государства, нарушением конституционных принципов российского права, основ правового порядка РФ [см. подробнее: Постановления ФАС ЗСО АС - Федеральный арбитражный суд Западно-Сибирского округа - от 31.03.2006 N Ф04-2109/2005(14105-А75-11), Ф04-2109/2005(15210-А75-11), Ф04-2109/2005(15015-А75-11), Ф04-2109/2005(14744-А75-11), Ф04-2109/2005(14785-А75-11)].
- 5 Из рабочих материалов Группы по общим вопросам гражданского права [online]. Москва – международный финансовый центр. Доступны на: <mfc-moscow.com/assets/file/documents/gk_gp_220411.pdf>.

как в критическом осмыслении правового регулирования данного вопроса, так и при структурировании сделок.

2. Отказ от права и воздержание от его осуществления

Наиболее известное определение отказа от права как преднамеренного отказа от известного права или привилегии⁶ приписывают решению Верховного Суда США по делу *Jonson vs. Zerbst*⁷. Из *ratio decidendi* этого дела можно вывести одно чрезвычайно важное для нас умозаключение: отказ от права – это правомерное действие, преимущественно односторонняя⁸ сделка⁹, знаменующая собой ясное, недвусмысленное и окончательное действие, направленное на определенную цель: прекращение субъективного права¹⁰ посредством распоряжения им¹¹.

П. 2 ст. 9 ГК РФ устанавливая, что отказ граждан и юридических лиц от осуществления принадлежащих им прав не влечет прекращения этих прав, за исключением случаев, предусмотренных законом, тем самым подтверждает исходный тезис: отказ от права только тогда обладает правопрекращающим эффектом (следовательно, является именно отказом от права), когда законом это прямо предусмотрено, например, отказ от наследства (1157 ГК РФ) или отказ от права в рамках акционерных соглашений и соглашений между участниками обществ с ограниченной ответственностью.

От отказа от права как односторонней сделки следует отличать воздержание от осуществления субъективного права – двустороннюю сделку, не имеющую правопре-

6 *Jonson vs. Zerbst*, 304 U.S. 458, 464 (1938).

7 Отмечу, что это определение не было придумано Верховным Судом: он перефразировал уже сформированную общим правом дефиницию: *intentional relinquishment of a known right* [Clark vs. West, 193 N.Y. 349, 360,86 N.E.1, 5 (1908)].

8 28 Am. Jur. 2d. Estoppel and Waiver, § 183.

9 Эту логику Верховного суда США поддержали суды в ряде дел см. например *United States vs. Wynn*, 528 F.2d 1048, 1050 (5th Cir. 1976); *Ricker vs. United States*, 417 F. Supp. 133, 139 (N.D. Me. 1976); *Law vs. United States Dep't of Agriculture*, 366 F. Supp. 1233, 1240 (N.D. Ga. 1973).

10 Если обратиться к германской доктрине отказа от права (*Verzicht*), то можно сделать интересное лексическое наблюдение: немецкий язык очень точно передает правопрекращающий эффект отказа от права, используя выражение *Verhältnisbereinigen*, что буквально означает *очистить правоотношение, разорвать правовую связь*.

11 F.J. Basedow, *Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte, Die Auswirkungen des Verbandsprozesses auf die Inzidentkontrolle von AGB*, AcP 182(1982), С. 335 (363 f), 28 Am. Jur. 2d Estoppel and Waiver, §§ 198–204.

крашающего эффекта¹². Вопреки распространенному заблуждению¹³, п. 2 ст. 9 ГК РФ вовсе не содержит запрета на воздержание от осуществления, использования и реализации субъективного гражданского права. Напротив, содержанием такого соглашения является негативное обязательство¹⁴, которое прямо разрешено законодателем в легальной дефиниции обязательства в п. 1 ст. 307 ГК РФ.

В этом смысле, не может не радовать то обстоятельство, что на практике встречается именно такое юридически корректное понимание института воздержания от осуществления и критериев его действительности: условия кредитного договора устанавливают обязанность заемщика воздерживаться от совершения определенных действий, в том числе от совершения некоторых видов сделок. При этом действия, которые обязан не совершать заемщик, в достаточной степени конкретизированы, а обязанность не совершать их – ограничена временными рамками. Кроме того, принятие заемщиком на себя такого рода обязанностей было связано с получением им имущественного блага - кредита, причем без предоставления какого-либо обеспечения. В связи с этим суд счел, что включение в кредитный договор подобных условий не было направлено на ограничение правоспособности или дееспособности ответчика¹⁵.

3. Критерии действительности отказа от права и воздержания от его осуществления¹⁶

Исходя из того, что как отказ от права (в случаях, прямо предусмотренных законом), так и воздержание от его осуществления, представляют собой сделки, то к ним подлежат применению общие принципы контрактного права¹⁷.

12 Подробнее см.: J.S. Solomon, Negotiating forbearance agreement, Corporate&Finance Alert [online]. Gibbons P.C. Доступны на: http://www.gibbonslaw.com/news_publications/articles.php?action=display_publication&publication_id=2733>; G.L. Gerson, Esq. Forbearance agreements. May 2009 [online]. Gerson Law Firm APC. Доступны на: <http://www.gersonlaw.com/images/content/forbearance_agreements.pdf>.

13 В.А. Ершов, А.В. Сулягин, А.Н. Кайль, Постатейный комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации [online].

14 J. Kleinschmidt, *Der Verzicht im Schuldrecht: Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft*, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht 2004, С. 21–24.

15 Постановление ФАС Дальневосточного округа от 12.05.2003 № Ф03-А59/03–2/957, см также: Постановление 17 ААС от 25.02.2009 по делу NA60–26982/2008.

16 Напомним, что действительность конкретного условия является предметом судебской оценки (см. *Alsens Am. Portland Cement Works vs. Degnon Cont. Co.*, 222 N.Y. 34, 37, 118 N.E. 210, 210 (1917), *Titus vs. Glenns Falls Ins. Co.*, 81.N.Y. 410,419 (1880), 31 C.J.S. Estoppel and Waiver, § 86).

17 Rubin. Ibid.

В рамках нашего обзора-обобщения американской и немецкой судебной практики и доктрины удалось выявить ряд критериев, которые суды используют при оценке соответствующих условий:

- существует ли право, от которого отказываются (нельзя отказаться от будущего права) и знает ли отказывающееся лицо о его существовании¹⁸. Тот же принцип закреплен в DCFR: сторона по договору может отказаться от уже возникшего права, о котором она осведомлена¹⁹;
- каково основание возникновения права (из закона или из договора)? Это имеет принципиальное значение при решении вопроса об объеме распорядительной власти в отношении конкретного права, о защите интересов третьих лиц и соблюдении баланса ценностей. Отказ от прав из договора возможен, по общему правилу²⁰, всегда и может быть принудительно исполнен²¹. В свою очередь, отказ от прав из закона, особенно от некоторых конституционных прав, также возможен, но будет подчиняться более жестким стандартам²², ибо здесь затрагивается не только частный, но и публичный интерес. Законодатель вправе предусмотреть случаи, когда отказ может быть ограничен или прямо запрещен: такой отказ, в отличие от предыдущего случая, будет считаться ничтожным;
- обладает ли отказывающееся лицо полной распорядительной властью в отношении права²³, не требуется ли для ее реализации воля третьих лиц? Это условие вытекает из идеи о том, что отказ от права прекращает само право: отказаться от права можно только в той степени, в которой его можно передать²⁴. В этом смысле, особого внимания заслуживает характеристика достигаемого правового эффекта: если при отказе от права лицо *распоряжается* своим правом, определяет его юридическую судьбу, то при воздержании от осуществления лицо не *пользуется* правом, не актуализирует его и не использует полезные свойства. На практике, при возникновении трудностей по разграничению указанных договорных конструкций предлагается применять критерий направленности волеизъявления;

18 P. Segrest, *Waiver and Estoppel*, 53 Lnd. L.J 601 1977, С. 332.

19 Draft Common Frame of Reference п. 3 ст. II. - 1:102.

20 Кроме тех случаев, когда в договоре предусмотрено *незаконное, недопустимое и аморальное* исполнение (см.: 28 Am. Jur. 2d. Estoppel and Waiver, §198).

21 *Wirt. vs. Parker Scholl Dist.*, №. 60–4 689 N.W.2d 901. D., 2004;

22 28 Am. Jur.2d. Estoppel and Waiver, §§200–204.

23 Еще Г.Ф. Шершеневич писал о способности права *к отречению*. См. подробнее: Г.Ф. Шершеневич, *Учебник русского гражданского права*, Москва Статут 2005, т. 1, С.103–104.

24 В. Windscheid/Т. Kipp, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 3 Bände, 9. Auflage, 1906, Neudruck 1963. *Für die Brockhaus-Enzyklopädie*, 19. Auflage, Band 23, 1994. § 69 № 13–14.

- был ли отказ полезным: сторона должна извлекать соразмерную имущественную или неимущественную выгоду²⁵, содержание которой не противоречит публичным интересам;
- был ли соблюден принцип равенства переговорных возможностей сторон, которое, в частности, будет выражаться, в отсутствии пороков воли (обман, заблуждение, насилие, ошибка и др.);
- не противоречит ли тот правовой результат, на которое направлено соглашение об отказе, публичным интересам и государственной политике²⁶, не нарушает ли закон и не ущемляет ли права третьих лиц²⁷. При этом *непротиворечивость* не означает, что при обнаружении явной или мнимой коллизии суды непременно встанут на защиту публичного правопорядка: вопрос будет заключаться в поиске баланса ценностей²⁸. Например, между отказом от права на товарный знак и защитой от недобросовестной конкуренции²⁹, отказом от права на часть заработной платы и правом на достойный уровень проживания³⁰;
- отказ должен быть концептуально ясным³¹, недвусмысленным, четким и понятным³². Это означает, что, во-первых, отказывающееся лицо должно осознать, от какого права и на каких условиях она отказывается, предвидеть, что такой отказ может привести к изменению, прежде всего, в ее имущественной сфере и желать его совершить. Во-вторых, другая сторона должна быть осведомлена об отказе³³. В-третьих, условие об отказе должно быть результатом переговорного процесса, на него необходимо отдельно обратить внимание³⁴ (обычно, это фик-

25 Интересным примером является дело *Lacey v. Laird* (1956): пациентка отказывалась от своего права из деликта требовать компенсации за определенные типы травм взамен на проведение операции. В деле *Alexander vs. Gardner-Denver Co* профсоюз отказался от права на забастовку взамен на ежемесячную денежную компенсацию от работодателя.

26 Rubin, C. 513.

27 28 Am. Jur.2 d. Estoppel and Waiver, § 196.

28 U. Hofmann, *Verzicht und Vergleich im Arbeitsrecht*, Diss. Zürich 1984, 1985, C. 126 ff.; H.U. Stauffer, *Der Verzicht auf Forderungen aus Arbeitsvertrag und seine Auswirkungen auf die Arbeitslosenversicherung*, Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge 32 (1988), C. 180.

29 *General Baking Co. German*, 3 F. 2d 891, 893 (1st Cir. 1925).

30 *Peterson vs. City of Parson*, 139 Kan. 701, 33 P.2d 715 (1934).

31 Rubin, C. 542.

32 В частности, суд в деле *United States vs. Wynn* использовал требование о соответствии условия об отказе минимальным критериям ясности (clarity). Подробнее см. также Ruben, C. 108.

33 *Henningson vs. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 390, 161 A.2d 69 (1960); *Agricultural Ins. Co. vs. Constantine*, 144 Ohio St. 275, 58 N.E.2d 658 (1944); *Cutler Corp. vs. Latschaw*, 374 Pa I. 97 A.2d 234 (1953).

34 *Hügel vs. General Motors Corp.*, 190 Colo. 57, 544 P. 2d 983 (1975); *Allen vs. Michigan Bell Tel. Co.*, 18 Mich. App. 632, 1714.W.2d 689 (1969).

сируется в документах, опосредующих переговорный процесс: переписка, меморандумы о доверии и др.), т.е. условие должно быть *заметным*³⁵.

Все вышесказанное можно свести к формуле, уже на протяжении полувека используемой в американских судах: если нет

ни равных переговорных возможностей, ни равной рыночной власти, ни обсуждений и никакой пользы от контракта для другой стороны, действия которой выражаются разве что в символическом проставлении своей печати на бланке документа, то такая сделка будет считаться недействительной³⁶.

4. Заключение

Выявленные нами критерии отказа от права и воздержания от его осуществления, носят универсальный характер, потому что опираются на общие принципы контрактного права. Это, в частности, означает их жизнеспособность в условиях цивилизованного правопорядка. Представляется, что идеи, выраженные автором в рамках настоящей статьи, могут быть положены в основу исследования институтов отказа от права, воздержания от права и отграничению их от смежных правовых явлений.

Биографическая аннотация:

Арутюн Саркисян – Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет. Научные интересы: гражданское право (в частности, английское контрактное право, немецкое обязательственное право), корпоративное право и сделки M&A, банковское право, гражданский и арбитражный процесс, международное частное право, административное право, спортивное право, государственно-частное партнерство и проектное финансирование, антимонопольное регулирование, информационная безопасность и персональные данные.

35 The Magnuson-Moss Warranty-Federal Trade Commission Improvement Act 15 U.C.C. §§ 2301–2312 (1975), Uniform Commercial Code (U.C.C.), также см. Greenspun vs. American Adhesive, Inc., 320 F. Supp. 442 (E.D. Pa. 1970); Mack Trucks, Inc. vs. Jet Asphalt & Rock Co., 246 Ark. 101, 109, 437 S.W.2d 459, 463 (1969).

36 Подробнее см. Gray vs. Zurich Ins. Co., 65 Cal. 2d 263, 419 P.2d 168, 54 Cal. Rptr. 104 (1966); Tunkl vs. Regents of Univ. of Cal., 60 Cal. 2d 92, 383 P.2d 441, 32 Cal. Rptr. 33 (1963).

SUMMARY

The waiver in civil law doctrine: experience of comparative legal analysis

The study aims at an analysis of the functioning of the notion of waiver in the civil law doctrine. The author present that act of one person that results in the surrender of a legal right in the context of comparative approach.

KEYWORDS: waiver, civil law, legal comparative

АРТЁМ СОРОКИН

Спецификация: история и реальность

1. Введение

Под этим именем разумелось изготовление новой вещи (*nova species*) из одной или нескольких других¹. *Specificatio* – придание материи нового вида, создание качественно новой вещи. Спецификация признавалась состоявшейся, если материал приобрёл новую форму, позволяющую констатировать появление новой вещи².

Если ремесленник переделывает материал, принадлежавший другому человеку, по поручению хозяина материала, последствия спецификации не наступают³. Между ними имеются обязательственные отношения, а не вещные. Это мог быть договор найма, поручение или *negotiorum gestio* (добровольно принятое на себя ведение чужих дел).

Если и материал, и труд принадлежали одному лицу, то вопрос о праве собственности решался очень просто: новая вещь принадлежала тому же лицу.

2. Подходы, выработанные в римском праве

Юридические затруднения возникали, когда создатель новой вещи воспользовался материалом, принадлежащим другому лицу. Две римские юридические школы вели дискуссию относительно принадлежности новой вещи.

Сабинианцы полагали, что новая вещь (*nova species*) должна принадлежать собственнику изначального материала. Это объясняется тем, что юристы-сабинианцы были последователями стоиков, согласно учению, которых материал доминирует над формой.

1 И. Новицкий, И. Перетерский, *Римское частное право*, Москва 2009, С. 167.

2 О. Иоффе, В. Мусин, *Основы римского гражданского права*, Санкт-Петербург 1974, С.75.

3 Ч. Санфилиппо, Д. Дождев, ред., *Курс римского частного права*, Москва 2011, С. 229.

Прокулианцы полагали, что новая вещь должна принадлежать ремесленнику или изготовителю. Юристы - прокулианцы были последователями Аристотеля и перипатетиков и считали форму доминирующей и существенной, а материю - побочной и несуществующей, пока она не получит формы⁴. Прокулианцы исходили из того, что в результате спецификации первоначальная вещь уничтожалась, а с ней уничтожалось и право собственности. Но в таком случае собственник материалов имеет к создателю иск из воровства об уплате штрафа (*action furti*) и о возвращении владения (*condictio furtiva*), а если возврат невозможен – ко ндикционный иск для возмещения ущерба. Эти правила устанавливались институциями Гая.

Не следует считать, что возникший спор не имеет решения. Вопрос был решён с помощью компромисса, *media sententia*⁵. В праве Юстиниана возобладало среднее мнение⁶. Было установлено, что новая вещь должна принадлежать собственнику материалов или изготовителю в зависимости от того, можно ли *nova species* вернуть в первоначальное состояние. Но если изготовитель был ещё и совладельцем материала, изготовленная вещь принадлежала ему в любом случае. Но и в этом случае спецификатор обязан возместить собственнику стоимость переработанного материала. О добросовестности спецификатора как условия приобретения права собственности источники не дают ответа.

3. Переработка по Гражданскому кодексу Российской Федерации

Спецификация – переработка чужих движимых вещей в иные формы. Нормы о переработке, впервые появившиеся в отечественном законодательстве, сконцентрированы в ст. 220 ГК РФ.

Переработка согласно ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации) – это изготовление новой движимой вещи из материалов, не принадлежащих изготовителю. Если собственник сам переработал вещь, или другое лицо переработало вещь по просьбе собственника (имеются обязательственные отношения), то новая вещь будет принадлежать собственнику материалов. Именно нелегитимность использования материалов отличает переработку от обычного порядка возникновения права на вновь создаваемое имущество.

Объект переработки ГК РФ определяет как материалы, но не объясняет, что считать материалом. Исходя из смысла статьи и доктрины, под материалами следует понимать любую движимую вещь.

4 И. Новицкий, *Римское право*, Москва 2011, С. 123.

5 Ч. Санфилиппо, *Курс римского...*, С. 230.

6 В. Хвостов, *Система римского права*, Москва 1966, С. 245.

Пункт 1 данной статьи устанавливает, что по общему правилу субъектом, приобретающим право собственности на новую вещь, созданную из материалов, не принадлежащих переработчику, является собственник материалов⁷. Российский законодатель придерживается позиции сабинианцев. Но имеются все основания говорить, что в ГК РФ законодатель пошёл по пути компромисса. Он значительно отличается от того, что было закреплено в Дигестах Юстиниана⁸. Если в последний период существования Древнего Рима как компромисс было установлено, что всё зависит от того, может ли быть новая вещь приведена в прежнее состояние, то в России иной подход – стоимостный. Требуется сопоставление стоимости материала и стоимости переработки. Закон требует, чтобы стоимость переработки существенно превышала стоимость материала. В этом и выражается близость к позиции сабинианцев. Степень существенности превышения стоимости является оценочным понятием и определяется соглашением сторон, а в случае его недостижения – судом. В сущности, вещь в обороте есть выражение труда, вложенного в эту вещь. *Труд, лежащий в основе вещи, освещает право собственности*⁹. Это значит, что собственник материала и переработчик стоят в одинаковом положении.

4. Сравнительно-правовой анализ зарубежного законодательства по вопросу определения судьбы новой вещи

Германское гражданское уложение¹⁰ и Гражданский кодекс Нидерландов¹¹ признаёт право собственности за переработчиком, если стоимость переработки не уступает значительно стоимости переработанного материала. Согласно ФГК, по общему правилу собственником новой вещи должен быть признан собственник материалов, но если работа была настолько значительна, что намного превзошла стоимость использованного материала, обработка будет считаться главной вещью, а спецификатор получит право удержать сделанную им вещь, уплатив собственнику цену материала, определяемую на дату выплаты¹². В Израиле право собственности признаётся за спецификатором, если стоимость переработки больше стоимости имущества¹³. Одновременно у него возникает обязанность выплатить стоимость материалов их собственнику. Согласно

7 О. Садиков, *Комментарий к гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой*, Москва 1995, С. 270.

8 Gai, 2 ger. cott., D. 41,1,7,7.

9 В. Синайский, *Юридическая загадка: К вопросу о спецификации*, Цивилист 3/2008, С. 62.

10 Исследовательский центр частного права, *Германское право, Часть I, Гражданское уложение*, Москва 1996, С. 216.

11 Н. Warendorf (и др.), *The Civil Code of the Netherlands 2009*, С. 15.

12 Д.Г. Лаврова, ред., *Французский гражданский кодекс*, Санкт-Петербург 2004, С. 440.

13 Н.Э. Лившиц, ред., *Гражданское законодательство Израиля*, Санкт-Петербург 2003, С. 211.

Гражданскому кодексу Латвийской Республики, если чужие материалы были обработаны без ведома и согласия собственника, то собственник в праве требовать новую вещь в свою собственность без обязанности возмещать за входящую в её состав чужую вещь и за труд, либо, оставляя собственность виновнику, требовать уплаты высшей из цен, которые были у его вещи с того дня, когда она была взята, до дня, когда ему это возмещение присудили, и, кроме того, требовать возмещение всех убытков. Если соединение произошло добросовестно, то возникшая вещь становится собственностью того, кто её изготовил, если присоединённый материал очевидно ценнее чужого, но на спецификатора возлагается обязанность вернуть столько же материала того же качества и сорта, либо заплатить за него высшую цену, которая у него была во время присоединения, и возместить причинённые убытки¹⁴.

5. Стороны обязательств

Пункт 2 данной статьи устанавливает, кто является сторонами в этих обязательствах. В первом случае это собственник материалов, который приобрёл право собственности на новую вещь, и лицо, осуществившее переработку, но не получившее право собственности на вещь. Во втором случае это переработчик, который приобрёл право собственности на созданную вещь и на котором лежит обязанность возместить стоимость материалов, и собственник материалов, который имеет право требовать возмещения их стоимость. Оба обязательства возникают тогда, когда возникает право собственности на новую вещь. Иными словами, юридическим фактом, с которым связано приобретение права собственности, является не передача новой вещи собственнику материалов, из которых она изготовлена, а сам факт переработки¹⁵. К сожалению, п.2 не позволяет установить, как следует решать вопрос о величине стоимости материалов и переработки.

6. Недобросовестный переработчик

Пункт 3 устанавливает права собственника материала, утратившего его в результате недобросовестных действий, и обязанности недобросовестного переработчика. Собственник материалов наделяется правом требовать от переработчика возмещение убытков, но между действиями переработчика и убытками должна существовать при-

14 Н.Э. Лившиц, ред., *Гражданский кодекс Латвийской республики*, Санкт-Петербург 2001, С. 344.

15 В. Белов, ред., *Практика применения гражданского кодекса РФ части первой*, Москва 2009, С. 612.

чинная связь. Так как норма не ограничивает размер возмещаемых убытков, то они в соответствии с п.1 ст. 15 ГК РФ подлежат полному возмещению. У недобросовестного спецификатора нет права на возмещение стоимости переработки. Это - санкция за недобросовестное поведение.

На переработчика, совершившего недобросовестные действия, приведшие к утрате собственником материалов, возлагается обязанность передать новую вещь в собственность другой стороны в обязательстве. Но переработчик юридически не в состоянии исполнить эту обязанность, поскольку право собственности ему не принадлежит, а нельзя передать прав больше, чем имеешь сам. По общему правилу, правом собственности на новую движимую вещь обладает собственник материалов, и недобросовестный спецификатор никак не может передать право, которого у него нет, тому, у которого оно есть с момента переработки. Такая ситуация невозможна и тогда, когда стоимость переработки существенно превышает стоимость материалов, потому что переработчик действовал недобросовестно. По моему мнению, законодатель имел в виду передачу владения, а не права собственности. Строго говоря, мы имеем дело с дефектом юридической техники.

7. Осуществление переработки для себя

Законодатель требует, чтобы переработчик осуществлял переработку для себя. Как понимать это условие? Очевидно, понимать его нужно широко. В условиях меновой экономики основная масса вещей производится в качестве товаров, что предполагает их продажу другим лицам. Создание новых вещей для удовлетворения исключительно личных потребностей создающего имеет место только в натуральной экономике. При меновой экономике это в большей степени исключение. Следовательно, это требование выполнимо не только тогда, когда в результате переработки чужих материалов изготовленная вещь предназначена исключительно для удовлетворения личных потребностей самого переработчика, но и тогда, когда вещь предназначена для продажи.

8. Условия, при соблюдении которых спецификатор может стать собственником новой вещи

В порядке исключения спецификатор может стать собственником новой вещи, лишь при наличии трёх условий:

- стоимость переработки существенно превышает стоимость материалов;
- изготовитель добросовестен, т.е. не знал и не должен был до окончания изготовления знать о том, что использует чужой материал;

- изготовитель осуществлял переработку для себя.

Спецификатор обязан возместить собственнику материалов их стоимость, хотя следует подчеркнуть, что эта компенсация не является условием приобретения права собственности. Правоотношения по поводу компенсации носят обязательственный характер.

9. Некоторые дискуссионные вопросы по данной теме

Возможны случаи, когда переработанная вещь представляла для собственника в большей степени нематериальную ценность (обручальное кольцо, рисунок, сделанный на оборотной стороне письма – память о дорогом человеке). Право призвано охранять как материальные, так и нематериальные ценности, и даже если стоимость спецификации значительно выше стоимости материала, спецификатор собственником стать не должен.

Также случается, что переработанная вещь не представляет для собственника никакой ценности, тогда он всё равно в праве требовать новую вещь, но может ограничиться и требованием вознаграждения за переработанный материал¹⁶.

Следует ли относить к переработке: писание, черчение, гравирование и т.п. обработку поверхности чужой вещи. Вообще, Германское уложение даёт положительный ответ¹⁷. Конечно, авторское право отделимо от оригинала, но сам оригинал представляет большую ценность для автора. Поэтому право собственности может быть признано за переработчиком, если обработка поверхности может считаться искусством.

10. Заключение

Понять сущность спецификации возможно только проанализировав исторические этапы её формирования, познакомившись с различными позициями цивилистов, рассмотрев данный правовой институт в других странах континентальной правовой семьи. Одним из ключевых понятий в данном вопросе является добросовестность спецификатора. Если он не добросовестен, то не важно, какова стоимость переработки и стоимость материалов, при этом он теряет право требовать возмещения стоимости спецификации и обязан возместить причинённые убытки. Закон ставит добросовестность превыше всего и не может защищать обман и неправду. Несмотря на то, что нормы о спецификации не имеют широкого применения, тем не менее они остаются востребованы при разрешении споров о судьбе новой вещи.

¹⁶ В. Синайский, *Юридическая загадка...*, С.60.

¹⁷ Исследовательский центр частного права, *Германское право. Часть I. Гражданское уложение*, Москва 1996, С. 216.

Биографическая аннотация:

Артём Сорокин – Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет. Научные интересы: семейное право, корпоративное право, наследственное право, римское право, гражданский процесс.

SUMMARY

Specification: historical and contemporary approach

The aim of the study is to evaluate the notion of specification in the law system of the Russian Federation. Presenting this term the author focus on both historical and contemporary perspective.

KEYWORDS: Russian law system, specification, historical and contemporary perspective

ЕКАТЕРИНА ШЕБЕТНИКОВА

Приобретение права собственности на бесхозные вещи

Право собственности, безусловно, занимает важнейшее место в системе вещных прав. В различных правовых системах мира вопрос о регулировании права собственности решается разнопланово. Однако следует отметить, что в каждом обществе данное право пользуется особым уважением: его характеризуют как священное и неприкосновенное.

Для того, чтобы возникло право собственности нужны определенные юридические факты. Такие юридические факты являются основаниями возникновения права собственности. Они могут выражаться как в виде действий (например, изготовление вещи), так и в виде событий (например, истечение срока приобретательной давности).

Выделяют первоначальные и производные основания приобретения права собственности. По первоначальному основанию право собственности возникает впервые, а объем прав не зависит от правомочий предшествующего собственника. При производных основаниях приобретения права собственности существует правопреемство, и осуществляется переход права собственности от предшествующего собственника к новому собственнику в том объеме, который был у предшествующего собственника.

Действующее гражданское законодательство предусматривает в качестве одного из первоначальных оснований приобретения права собственности возможность возникновения права собственности на бесхозные вещи. Правовой режим бесхозных вещей определяется следующими нормативно-правовыми актами:

- ГК (Гражданский кодекс Российской Федерации), часть первая от 30.11.1994¹ (глава 14, 15);
- Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002² (глава 33);

1 СЗ РФ. 1994 № 32, Ст. 3301.

2 СЗ РФ. 2002 № 46, Ст. 4532.

- Федеральный закон О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним от 21.07.1997³;
- Постановление Правительства Российской Федерации от 17.09.2003 № 580 Об утверждении Положения о принятии на учет бесхозных недвижимых вещей⁴.

Вышеприведенный перечень нормативно-правовых актов, регулирующих вопрос правового режима бесхозного имущества, является основным, однако не исчерпывающим. В правовой системе Российской Федерации имеются и другие нормативно-правовые акты, которые направлены на регулирование данного вопроса, в том числе на региональном и муниципальном уровне. Так, органы местного самоуправления могут принимать нормативно-правовые акты, регулирующие порядок организации работы администрации муниципального образования с бесхозным имуществом, которое находится на территории этого муниципального образования.

Пункт 1 ст. 225 ГК РФ определяет бесхозную вещь посредством перечня, включающего три вида вещей, признаваемых бесхозными:

- вещь, которая не имеет собственника;
- вещь, собственник которой неизвестен;
- вещь, от права собственности на которую собственник отказался.

Таким образом, конкретно определены те обстоятельства, при которых вещь считается бесхозной. Вместе с этим, следует учитывать и следующее обстоятельство: в том случае, если собственник недвижимого имущества умер, имущество не может быть признано бесхозным, поскольку у умершего собственника могут быть наследники, независимо от того, было ли открыто наследство и вступили ли в наследство наследники. Отказ собственника от вещи должен выражаться в совершении определенных действий, заключающихся в устранении от владения, пользования и распоряжения этой вещью без дальнейшего сохранения прав на нее. В то же время отказ от собственности сам по себе не влечет прекращения прав и обязанностей собственника в отношении имущества до тех пор, пока право собственности на него не приобретено другим лицом. Например, при отказе собственника от земельного участка обязанность уплаты земельного налога сохраняется за ним до момента регистрации права собственности на этот земельный участок другим лицом⁵.

Бесхозные вещи могут быть обращены другими лицами в свою собственность. Интересный факт отмечается в комментариях к Гражданскому кодексу РФ под редакцией А.П. Сергеева относительно вопроса о возникновении права собственности на

3 СЗ РФ. 1997 № 30, Ст. 3594.

4 СЗ РФ. 2003 № 38, Ст. 3668.

5 Сборник методических рекомендаций по регулированию вопросов выявления, учета и приобретения в собственность бесхозного имущества [online]. Ассоциация «Совет муниципальных образований Новгородской области» [Доступ: 2013-05-15]. Доступны на: www.smono.ru/files/6212690.doc.

бесхозное имущество. В советский период этот вопрос решался на основании презумпции государственной собственности, т.е. пока иная принадлежность имущества не доказана, предполагалось, что собственником имущества является государство. В настоящее время эта презумпция потеряла свое значение и заменена предположением права собственности фактического владельца, согласно которой владелец имущества предполагается его собственником, пока не доказано иное⁶.

Понятие бесхозной вещи охватывает несколько видов вещей, обладающих различным правовым режимом. Так, с юридической точки зрения вещи делятся на движимые и недвижимые.

1. Рассмотрим бесхозные вещи, относящиеся к движимым вещам:

- брошенные собственником или иным образом, оставленные им вещи;
- находка;
- безнадзорные животные;
- клад.

1.1 Брошенные собственником или иным образом, оставленные им вещи

Статья 226 Гражданского кодекса РФ устанавливает, что движимые вещи, от которых собственник отказался – это брошенные собственником или иным образом, оставленные им вещи с целью отказа от права собственности на них. Такие вещи могут быть обращены другими лицами в свою собственность.

Если вещи брошены на какой-либо территории (земельном участке, водоеме, в здании, сооружении), принадлежащей не собственнику данных вещей, а другому лицу, то это лицо имеет право обратить данные вещи в свою собственность. При этом необходимо учесть, что такое право возникает у него не на все вещи, а только на:

- брошенные вещи, стоимость которых явно ниже суммы, соответствующей пятикратному минимальному размеру оплаты труда;
- брошенные лом металлов, бракованная продукция, топлик от сплава, отвалы и сливы, образуемые при добыче полезных ископаемых, отходы производства и другие отходы.

То есть предметы, находящиеся на земельном участке, водоеме или на каком-либо другом объекте поступают в собственность фактического владельца этих объектов, которому для этого достаточно приступить к использованию брошенных вещей. Осталь-

⁶ А.П. Сергеев, ред., *Комментарий к гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая: Уч.-практ. комментарий (постатейный)*, Москва 2011.

ные брошенные вещи поступают в собственность лица, вступившего во владение ими, только в том случае, если они признаны судом бесхозными⁷.

Признание вещи бесхозной осуществляется в судебном порядке по правилам особого производства. При этом суд должен установить следующие факты: действительно ли статус вещи – брошенная вещь, действительно ли отсутствует собственник, и его невозможно установить, и имеются ли доказательства, свидетельствующие о вступлении заявителя во владение вещью.

Такое заявление вправе подать фактический владлец вещи. Он должен указать, какая конкретно вещь подлежит признанию бесхозной, отметить ее отличительные признаки и представить доказательства того, что собственник отказался от права собственности на вещь, а фактический владлец-заявитель вступил во владение ее. Отсюда следует, что и законодатель, и правоприменитель подчеркивает, признает и требует исполнения принципа неприкосновенности, священности права собственности. Судебная практика показывает, что суд при принятии решения о признании вещи бесхозной и передаче ее в собственность фактическому владельцу, должен убедиться, что вещь была оставлена собственником без намерения сохранить право собственности на нее. Но при этом, до вступления в силу решения суда, у собственника есть возможность вернуть себе вещь. После же вступления в силу решения суда, фактический владлец вещи приобретает право собственности на нее.

1.2 Находка

Второй вид бесхозных вещей, относящихся к движимым, – находка. Как отмечает А.П. Сергеев, это движимая вещь, выбывшая из владения собственника или иного управомоченного на владение лица помимо их воли вследствие потери, и кем-либо обнаруженная. Квалифицирующим признаком находки является случайность, как потери, так и нахождения. Этим находка отличается от брошенной вещи⁸.

По общему правилу у лица, нашедшего потерянную вещь, возникает обязанность немедленно уведомить об этом лицо, ее потерявшее, либо собственника вещи или кого-либо другого из известных ему лиц, имеющих право получить эту вещь, и возвратить найденную вещь этому лицу. Встречаются такие ситуации, когда вещь найдена в помещении или в транспорте – нашедший вещь обязан сдать ее лицу, представляющему владельца этого помещения или средства транспорта. Сохранение вещи в целостности и сохранности до ее передачи в органы власти или лицу, управомоченному на ее получение, – это обязанность нашедшего вещь. Однако ответственность за утрату или повреждение найденной вещи он несет лишь в случае умысла или грубой неосторожности и в пределах стоимости вещи.

7 В.И. Казанцев, *Находка по российскому гражданскому законодательству (алогизмы, пробелы и противоречия)*. Справочно-правовая система. КонсультантПлюс.

8 А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право, В 3 т. Т. 1*, Москва 2005, С. 422.

Согласно ст. 228 ГК РФ в случае, если по истечении шести месяцев с момента заявления о находке в соответствующий орган лицо, уполномоченное получить найденную вещь, не будет установлено или само не заявит о своем праве на вещь, нашедший приобретает право собственности на эту вещь. Необходимо отметить, что начало течения данного срока законодатель связывает не с моментом потери собственником вещи, а именно с моментом ее обнаружения и заявления об этом нашедшим в органы полиции или местного самоуправления⁹.

Находка, в отличие от рассмотренного ранее понятия брошенных вещей (вещей, от которых собственник отказался), не предполагает установление воли собственника на отказ от его права собственности на принадлежащее ему имущество. Воля собственника вещи может быть установлена, когда точно известна его личность, и он ее может подтвердить. Таким образом, находкой не будет признана вещь, если установлено намерение лица отказаться от права собственности на принадлежащее ему имущество, а также в том случае, когда нашедший вещь взял ее в месте, явно отведенном владельцем для ее хранения.

Интересным моментом является то, что законодательно ни за лицом, нашедшим вещь, ни за полицией или органом местного самоуправления не признается обязательность поиска лица, потерявшего вещь, или собственника вещи, или других лиц, имеющих право получить эту вещь. И в этом случае, на мой взгляд, не обеспечивается должная защита законных прав и интересов титульного собственника вещи.

Закон также не предусматривает обязанности нашедшего вещь публично объявлять о находке в средствах массовой информации. Более того, если ранее по советскому законодательству присвоение находки считалось преступлением, то действующий Уголовный кодекс Российской Федерации от 13.06.1996¹⁰ такого состава преступления не содержит. По нынешнему законодательству лицо, утаившее находку либо не заявившее о ней, не несет никакой юридической ответственности; оно только утрачивает право на вознаграждение за находку в случае, если владелец этой вещи обнаружится и потребует ее возвращения.

1.3 Безнадзорные животные

Обращение в собственность безнадзорных животных в целом осуществляется в том же порядке, что и обращение в собственность находки. Одним из значимых вопросов правоприменительной практики в данной сфере является вопрос об объекте отношений, о том, каких животных надлежит относить к домашним. Очевидно, что не могут быть отнесены к этой категории животные, обитающие на воле, а также в искусствен-

⁹ Приобретение права собственности на находку и безнадзорных животных[online]. Superinf.ru [Доступ: 2013-06-07]. Доступны на: <http://www.superinf.ru/view_helpstud.php?id=343>.

¹⁰ СЗ РФ. 1996 № 25, Ст. 2954.

но созданной среде обитания. Безнадзорным считается скот, заблудившийся, отбившийся и вообще выбывший из стада того или иного хозяйства. Если безнадзорный скот пристает к стадам или табунам других хозяйств, он считается пригульным¹¹.

Пробел относительно отсутствия прямой обязанности поиска собственника вещи, имеющийся при правом регулирования находки, восполняется при регулировании соответствующего вопроса в случае с безнадзорными животными. Пункт 1 статьи 230 ГК РФ прямо предусматривает обязанность полиции или органов местного самоуправления предпринять меры к розыску собственника животных.

Норма, регулирующая срок приобретения права собственности на безнадзорных животных лицом, у которого животные находились на содержании и в пользовании – шесть месяцев с момента заявления о задержании животных аналогична норме о находке. В течение шести месяцев гражданин является владельцем задержанных им безнадзорных домашних животных. Если в течение данного периода обнаружится собственник животных, то право владения прекращается, а право собственности у юридического собственника восстанавливается в полном объеме. Здесь закон учитывает особенность животных как вещей – собственник животных (после перехода их в собственность другого лица) вправе истребовать животных в случае, если у них сохранилась привязанность к прежнему хозяину или новый собственник обращается с ними жестоко или ненадлежащим образом.

1.4 Клад

При характеристике клада законодатель определяет его как сокрытые (требующие раскопок или поиска) деньги или иные ценные предметы, собственник которых не может быть установлен либо в силу закона утратил на них право. Ценности могут быть спрятаны на земельном участке или в строении, представлять собой вещи, которые исключены из современного экономического оборота. Поскольку собственник их неизвестен, клад поступает в собственность гражданина или юридического лица, которому принадлежит имущество, где клад был сокрыт, и лица, обнаружившего клад, в равных долях. Если клад был обнаружен лицом, которому принадлежит земельный участок или иное имущество, где он был сокрыт, то он переходит к нему целиком.

Основанием приобретения права собственности на клад являются действия по его раскопкам или поиску и нахождение ценностей в земельном участке, строении определенного лица.

Г.Ф. Шершеневич предлагает два критерия, согласно которым находка отличается от клада:

- клад – намеренно скрытая вещь, тогда как находка – вещь потерянная;

¹¹ Приобретение права собственности на находку и безнадзорных животных[online]. Superinf.ru [Доступ: 2013-06-07]. Доступны на: <http://www.superinf.ru/view_helpstud.php?id=343>.

– хотя в том и другом случае собственник неизвестен, находка основывается на том предположении, что собственник может быть найден, тогда как клад внушает предположение, что отыскание собственника уже невозможно¹².

2. Перейдем к рассмотрению особенностей бесхозяйных недвижимых вещей

Законодательством устанавливается особый порядок приобретения права собственности на бесхозяйную недвижимую вещь. На первом этапе необходимо принятие такой вещи на учет в качестве бесхозяйной органом, осуществляющим государственную регистрацию прав на недвижимое имущество. Затем по истечении года со дня постановки бесхозяйной недвижимой вещи на учет орган, уполномоченный управлять муниципальным имуществом, может обратиться в суд с требованием о признании права муниципальной собственности на эту вещь. Бесхозяйная недвижимая вещь, не признанная по решению суда поступившей в муниципальную собственность, может быть вновь принята во владение, пользование и распоряжение оставившим ее собственником либо приобретена в собственность в силу приобретательной давности. То есть право собственности на бесхозяйную недвижимость может возникнуть на основании признания этого права в судебном порядке, причем данный юридический факт может повлечь возникновение только муниципальной собственности. В частную собственность бесхозяйное недвижимое имущество может перейти только на основании приобретательной давности.

Признание права муниципальной собственности на бесхозяйное имущество тесно связано с вопросами управления и распоряжения муниципальной собственностью. Поступление в муниципальную собственность по решению суда бесхозяйного недвижимого имущества не только позволяет сохранить его от разрушения и разграбления, но и дает возможность использовать это имущество в соответствии с действующими законодательными нормами, что, в свою очередь, служит источником пополнения местного бюджета.

Подводя итог всему вышесказанному, важно отметить, что на сегодняшний день законодательство РФ признает право собственности как основополагающее вещное право. Все остальные вещные права имеют производный характер. В случае возникновения ситуации, когда вещь по каким-либо причинам оказывается бесхозяйной, нормы права учитывают интересы, как титульного, так и фактического владельца.

Неизвестность собственника не является основанием для признания вещи бесхозяйной. Отсутствие сведений о собственнике вещи само по себе не может указывать на

¹² Г.Ф. Шершеневич, *Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.)*, Москва 1995, С. 196.

бессубъектность прав на нее. Во всех подобных ситуациях речь может идти о вещах, которые имеют собственника, но которые помимо его воли и при наличии установленных законом условий (как правило, это истечение определенного срока) могут перейти в собственность другого лица. Именно такие последствия наступают при невосстановлении в течение определенного срока потерянной вещи, безнадзорных животных, при истечении срока приобретательной давности. Более того, истребование зачастую может оказаться вообще невозможным, например, если собственник не знает, где находится вещь и утратил за истечением установленного законом срока право на ее возврат.

До того момента, пока новый собственник не вступит в свои права, прежний собственник, не владея принадлежавшей ему вещью, все же остается таковым и вправе истребовать ее у таких фактических владельцев. Тем самым, право собственности остается священным, так как никто не может быть лишен данного права, иначе как по решению суда. Права всех собственников подлежат судебной защите равным образом.

Биографическая аннотация:

Екатерина Шебетникова – Иркутский государственный университет, Юридический институт, отделение международного права. Научные интересы: международное публичное право, международное частное право, гражданское право, сравнительное правоведение, защита прав человека.

SUMMARY

The acquisition of property right of unclaimed property

The study aims at an evaluation of the acquisition of the ownership of the unclaimed property. The author present this form of the acquisition of the right to property in the Russian Civil Code emphasising the necessity of fulfilling law norms.

KEYWORDS: acquisition of property right unclaimed property, civil law

IV

Protection of the right to property

Защита права собственности

ОЛЕГ ГОРДОВ

Доктрина исчерпания исключительного права

1. Общие положения

Исчерпание исключительного права, как специальный механизм контроля обоснованный и введенный в гражданско-правовой обиход немецким цивилистом Йозефом Колером¹ еще в позапрошлом веке, следует рассматривать в экономическом и юридическом смыслах. Под исчерпанием исключительного права в экономическом смысле понимается утрата контроля правообладателя за судьбой производимой им продукции с воплощенными в ней охраняемыми результатами интеллектуальной деятельности или приравненными к таковым средствами индивидуализации на определенной территории. В юридическом смысле исчерпание исключительных прав не что иное как одна из форм законодательно установленного ограничения юридической монополии на использование охраняемого результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, т.е. легальная форма обхода искусственных барьеров для свободной торговли, которые могут возводиться обладателями абсолютных исключительных прав на охраняемые результаты интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Существует, по меньшей мере, две формы ограничений юридической монополии известных праву интеллектуальной собственности. Первая из них, к которой и относится исчерпание права, а также преждепользование и послепользование в патентном праве, направлена преимущественно на удовлетворение экономических интересов третьих лиц, действия которых скованы наличием указанной монополии. Вторая форма ограничений продиктована преимущественно социальными либо гуманитарными интересами и потребностями общества в новых знаниях, технических достижениях и т.п. Эту форму ограничений составляют т.н. случаи свободного использования охраняемых результатов интеллектуальной деятельности².

¹ J. Kohler, *Deutsches Patentrecht*, Mannheim 1878, С. 100.

² См. например, ст. ст. 1273–1280, ст. 1359 ГК РФ.

В основу первой из указанных форм положена т.н. доктрина исчерпания исключительных прав, которая оформилась в законодательстве и правоприменительной практике в качестве инструмента, позволяющего снять, или, по меньшей мере, смягчить имеющие место противоречия как между монопольным характером исключительного права и принципом свободы перемещения товаров и услуг на территории одного государства (национальный аспект) так и между территориальным характером действия исключительного права и международными экономическими требованиями свободной торговли (международный аспект). Каждый из названных аспектов является решающим при определении юридически значимых последствий введения в гражданский оборот продукта с использованным в нем охраняемым результатом интеллектуальной деятельности или индивидуализированным товарным знаком, т.е. масштабов исчерпания исключительных прав. По масштабу исчерпания принято различать национальное исчерпание и международное исчерпание. Национальное исчерпание характеризуется тем, что исключительное право признается по закону исчерпанным только на территории страны происхождения продукта, если продукт с использованным в нем охраняемым результатом интеллектуальной деятельности или маркированный охраняемым средством индивидуализации введен в гражданский оборот правообладателем или с его согласия внутри страны происхождения. Международное исчерпание характеризуется тем, что исключительное право признается по закону исчерпанным на территории любой страны, если продукт с использованным в нем охраняемым результатом или маркированный охраняемым средством индивидуализации введен в гражданский оборот правообладателем или с его согласия на территориях стран, в которых обеспечена правовая охрана указанным результату или средству. Разновидностью международного исчерпания является региональное исчерпание, именуемое иногда коммуни-тарным, которое характеризуется исчерпанием исключительного права не на территориях любой из стран, в которых обеспечена правовая охрана, а на территориях группы стран, объединенных в какие либо союзы, например, Европейский Союз. Таким образом, само исчерпание через призму его масштаба характеризуется юридически значимыми последствиями места ввода в гражданский оборот продукта или товара.

В условиях глобализации международной торговли значение доктрины исчерпания исключительных прав, выбора масштаба исчерпания и объема прав, подлежащих исчерпанию на ее основе, обретают особое значение, поскольку с опорой на них осуществляется реализация государственной политики по отношению к феномену т.н. параллельного импорта³ и формирование национальных подходов к юридической оценке

3 Параллельный импорт в широком смысле представляет собой ввоз (импорт) в страну продукта, который до этого был правомерно произведен, введен в гражданский оборот и вывезен (экспортирован) из страны происхождения. Если в таком продукте использованы охраняемые результаты интеллектуальной деятельности или он маркирован охраняемым средством индивидуализации исключительные права на указанные результаты

актов недобросовестной конкуренции. Россия в этом смысле не является исключением и в настоящее время, как впрочем, и на всем протяжении новейшей истории экономических преобразований, продолжает поиски своих, как правило, оригинальных моделей правового опосредования указанных явлений хозяйственной жизни.

В новейшей российской истории правового регулирования отношений в области интеллектуальной собственности принцип исчерпания исключительных прав был введен, а затем модернизирован применительно к исчерпанию прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы ст. 11 Патентного закона Российской Федерации от 23 сентября 1992 г. № 3517–1⁴, по отношению к исчерпанию прав на товарные знаки ст. 23 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. № 3520–1 О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров⁵, по отношению исчерпания прав на распространение экземпляров произведений и фонограмм ст. ст.16, 38 Закона РФ от 9 июня 1993 г. № 5351–1 Об авторском праве и смежных правах⁶, по отношению исчерпания прав на перепродажу экземпляра программы для ЭВМ (Электронно-вычислительная машина) или базы данных ст. 16 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. № 3523–1 О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных⁷, по отношению исчерпания прав на распространение интегральных микросхем с охраняемой топологией ст. 8 Закона РФ от 23 сентября 1992 г. № 3226–1 О правовой охране топологий интегральных микросхем⁸, по отношению к исчерпанию прав на действия с семенами, растительным материалом, племенным материалом и товарными животными ст. 14 Закона РФ от 6 августа 1993 г. № 5605–1 О селекционных достижениях⁹. Анализ указанных выше нормативных актов показывает, что до введения в действие части четвертой ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации) в отношении объектов патентных прав и товарных знаков действовало правило о национальном исчерпании, а в отношении объектов авторского права, топологий интегральных микросхем и селекционных достижений правило о международном исчерпании.

В действующем законодательстве РФ правила об исчерпании исключительных прав установлены в отношении изобретений, полезных моделей и промышленных образцов в ст. 1359 ГК РФ, в отношении товарных знаков в ст. 1487 ГК РФ, в отношении объектов авторского и смежных прав в ст. ст. 1272 и 1325 ГК РФ, в отношении топологий интегральных микросхем в ст. 1456 ГК РФ, в отношении селекционных достиже-

и средство, которые действуют в стране, где они не исчерпаны, являются сдерживающим фактором для импортера, поскольку требуют согласия правообладателя на действия, составляющие содержание исключительного права.

4 Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992 № 42, Ст.2319.

5 Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992 № 42, Ст.2322.

6 Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993 № 32, Ст.1242.

7 Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992 № 42, Ст.2325.

8 Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1992 № 42, Ст.2328.

9 Ведомости Съезда народных депутатов РФ и Верховного Совета РФ. 1993 № 36, Ст.1436.

ний в ст. 1422 ГК РФ. Покажем подробнее особенности и содержание реализованной в национальном российском законодательстве доктрины исчерпания исключительного права на указанные объекты интеллектуальной собственности.

2. Особенности исчерпания исключительного права на изобретения, полезные модели и промышленные образцы

Рассмотрение особенностей принципа исчерпания в преломлении к указанным объектам следует начать с анализа содержания исключительного права на использование технических и художественно – конструкторских решений, поскольку такое использование является основной сферой их приложения в условиях открытого рынка товаров и услуг.

Содержание исключительного права на результат технического и художественно-конструкторского творчества зависит от того, что вкладывает законодатель в само понятие использование указанных результатов, делая его юридически значимым в механизме юридической монополии. Под использованием изобретений, полезных моделей и промышленных образцов следует понимать:

- действия, имеющие своим содержанием акты реализации (воплощения) идеальных технических либо художественно-конструкторских решений в соответствующие материальные носители;
- действия, имеющие своим содержанием акты применения, продажи, введения в оборот материальных носителей (продуктов), в которых реализованы (воплощены) те либо иные технические или художественно-конструкторские решения.

Таким образом, понятие использования охраняемого результата технического или художественно-конструкторского творчества имеет двойкий смысл или, говоря другими словами, допускает две формы реализации.

Использование изобретений, полезных моделей, промышленных образцов в первом значении можно условно назвать техническим, а во втором значении – хозяйственным. Очевидно, что использование в техническом смысле должно предшествовать использованию в хозяйственном смысле. Исчерпание исключительного права может иметь место лишь при условии осуществления обеих форм реализации в указанной последовательности. При этом право на использование в техническом смысле само по себе исчерпанию не подлежит. Исчерпание возможно лишь в отношении действий, имеющих содержанием акты введения в гражданский оборот материальных носителей.

Сущность технического использования законодатель раскрывает в п. 3 ст. 1358 ГК РФ. Так, изобретение или полезная модель признаются использованным в продукте или способе, если продукт содержит, а в способе использован каждый признак изобретения или полезной модели, приведенный в независимом пункте содержащейся в па-

тенте формулы изобретения или полезной модели, либо признак, эквивалентный¹⁰ ему и ставший известным в качестве такового в данной области техники до совершения действий, составляющих содержание хозяйственного использования того либо иного продукта или способа.

Промышленный образец признается использованным в изделии, если такое изделие содержит все существенные признаки промышленного образца, нашедшие отражение на изображениях изделия и приведенные в перечне существенных признаков промышленного образца.

Сущность хозяйственного использования раскрыта в ст. 1358 ГК РФ. Она формулируется законодателем как в позитивном, так и в негативном аспектах (п. 1 ст. 1229 ГК РФ). Согласно пункту 1 ст. 1358 ГК РФ патентообладателю принадлежит исключительное право использования изобретения, полезной модели или промышленного образца любым, не противоречащим закону способом, в том числе способами, предусмотренными п. 2 и 3 ст. 1358 ГК РФ.

В п. 2 ст. 1358 ГК РФ сформулирован перечень действий, которые по прямому указанию законодателя считаются действиями по использованию изобретения, полезной модели или промышленного образца. Другие лица не могут использовать соответствующие результаты интеллектуальной деятельности без согласия патентообладателя, за исключением случаев, предусмотренных ГК РФ.

Действиями по использованию изобретения, полезной модели или промышленного образца в хозяйственном смысле являются, в частности:

- ввоз на территорию РФ, изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован запатентованный промышленный образец;
- ввоз на территорию РФ, изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, полученного непосредственно запатентованным способом (принцип косвенной охраны продукта). При этом, если продукт, получаемый запатентованным способом, является новым, идентичный продукт считается полученным путем использования запатентованного способа, поскольку не доказано иное;
- ввоз на территорию РФ, изготовление, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей

¹⁰ Признак будет являться эквивалентным, если сущность изобретения, полезной модели при замене признака не изменится, а достигаемый результат остается прежним. При использовании теории эквивалентов решается важная практическая задача, позволяющая избежать указаний множества вариантов заявляемых технических решений, которые в данном случае автоматически попадают в зону правовой охраны. Таким образом, снимается проблема несанкционированного использования вариантов заявленного технического решения.

устройства, при функционировании (эксплуатации) которого в соответствии с его назначением автоматически осуществляется запатентованный способ;

- осуществление способа, в котором используется изобретение, в частности путем применения этого способа.

Указанные формы использования тесно связаны между собой и при квалификации акта использования для целей исчерпания должны подвергаться оценке с точки зрения соответствия формуле исчерпания.

Общая формула исчерпания исключительного права на изобретение, полезную модель и промышленный образец, закрепленная в подп. 6 ст. 1359 ГК РФ и свидетельствующая о национальном масштабе исчерпания, выглядит следующим образом: не является нарушением исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец ввоз на территорию РФ, применение, предложение о продаже, продажа, иное введение в гражданский оборот или хранение для этих целей продукта, в котором использованы изобретение или полезная модель, либо изделия, в котором использован промышленный образец, если этот продукт или это изделие ранее были введены в гражданский оборот на территории РФ патентообладателем или иным лицом с разрешения патентообладателя.

Сравнительный анализ приведенной формулы с правилами, установленными в п. 2 и п. 3 ст. 1358 ГК РФ показывает, что полного (универсального) исчерпания исключительного права на изобретение, полезную модель или промышленный образец произойти не может. Не подлежит исчерпанию исключительное право на продукт, полученный непосредственно запатентованным способом [подп. 2) и подп. 3) п. 2 ст. 1358 ГК РФ] и исключительное право на осуществление способа, в котором используется изобретение [подп. 4) п. 2 ст. 1358] (варианты хозяйственного использования).

Весьма оригинальную, хотя и гипотетическую трактовку возможности исчерпания прав на запатентованный способ предлагает В.Ю. Джермакян. Согласно его представлениям:

Можно с большой вероятностью полагать, что приведении в гражданский оборот самим правообладателем патента на способ какого-либо устройства, при функционировании (эксплуатации) которого в соответствии с его назначением автоматически осуществляется запатентованный способ, исчерпание прав должно признаваться в отношении запатентованного способа, но только при условии, что таковой осуществляется с помощью того же самого экземпляра устройства, введенного в гражданский оборот на территории России правообладателем патента на способ или с его разрешения¹¹.

11 В.Ю. Джермакян, Исчерпание прав и запатентованный способ [online]. Городисский и партнеры [Доступ: 2013-10-20]. Доступны на: <<http://www.gorodissky.ru/publications/articles/?newsid=260>>.

Таким образом, по отношению к результатам технического и художественного творчества в РФ применяется модель частного (сингулярного) исчерпания исключительного права.

3. Особенности исчерпания исключительного права на товарные знаки и знаки обслуживания

Право на товарный знак и знак обслуживания, если его рассматривать в качестве субъективного гражданского права, в содержательном плане отличается от субъективных прав на охраняемые результаты интеллектуальной деятельности. Указанное отличие обусловлено не только спецификой институализации этой группы средств индивидуализации, но и значительным ослаблением личностного фактора в идентификации создавшего товарный знак лица (разработчика товарного знака).

Исключительное право на товарный знак относится к разряду имущественных, что предполагает наличие в нем определенного содержания. Это содержание в общем плане отражено нормой, содержащейся в абз. 2 п. 1 ст. 1229 ГК РФ, согласно которой правообладатель может по своему усмотрению разрешать или запрещать другим лицам использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации. Таким образом, налицо традиционное для российского законодательства выделение позитивной и негативной сторон содержания исключительного права. Главнейшей функцией института исключительных прав является наделение их обладателя определенным объемом правомочий, отражающих меру его юридических возможностей по контролю над тем или иным результатом интеллектуальной деятельности или приравненным к таковому средством индивидуализации. Применительно к товарным знакам обычно выделяют два правомочия имущественного характера, а именно правомочие использования и правомочие распоряжения правом на товарный знак.

Правомочие использования товарного знака, как позитивная юридическая возможность, предоставленная правообладателю, конструируется на основе понятия *использование*, имеющего своим содержанием действие, определяющее сферу приложения обозначения в гражданском обороте.

Понятие использования товарного знака раскрывается законодателем в п. 2 ст. 1484 ГК РФ через действие по размещению знака на товарах, в том числе на этикетках, упаковках товаров, которые производятся, предлагаются к продаже, продаются, демонстрируются на выставках и ярмарках или иным образом вводятся в гражданский оборот на территории РФ либо хранятся или перевозятся с этой целью, либо ввозятся на территорию РФ. Данная норма свидетельствует о том, что под использованием следует понимать, как правило, фактическое применение знака, т.е. его размещение на товаре или его упаковке, а не номинальное оповещение о нем неопределенного круга лиц, например, путем сообщения о наличии того либо иного товарного знака в теле-

визионном сюжете. Указанное правило законодатель дополняет еще рядом способов касающихся возможности признания в качестве использования применение товарного знака его размещение:

- при выполнении работ, оказании услуг;
- на документации, связанной с введением товаров в гражданский оборот;
- в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе;
- в сети *Интернет*, в том числе в доменном имени и при других способах адресации.

В отличие от использования технических или художественно – конструкторских решений, которое допускает две формы использования, использование товарных знаков для признания в качестве такового требует лишь одну форму, именуемую размещением.

Правило закрепленное в п. 2 ст. 1484 ГК РФ не содержит требований о юридически значимом объеме использования товарного знака, хотя этот параметр весьма важен, например, для поддержания его регистрации в силе. Под объемом использования товарного знака следует понимать интенсивность его применения на товарах, по классу которых он зарегистрирован (применение на единичном изделии, применение на части товаров, для целей индивидуализации которых он был зарегистрирован). В юридической литературе в свое время В.М. Сергеевым было предложено различать количественную и качественную характеристики объема использования товарного знака¹². Количественная характеристика основана на установлении минимального количества изделий, применение на которых или даже одним из них товарного знака может быть признано удовлетворяющим объему использования. Качественная характеристика основана на соотношении перечня товаров, указанного при регистрации знака и перечня товаров на которых зарегистрированный знак фактически применен.

Юридическая монополия на товарные знаки не должна, однако, приводить к злоупотреблениям со стороны правообладателя и способствовать появлению неоправданных с точки зрения потребителя барьеров в свободном перемещении маркированных товаров и услуг. В этой связи действующим законодательством введены специальные правила, ограничивающие юридическую монополию правообладателя. Одним из них является правило об исчерпании исключительного права, основанного на регистрации товарного знака. Оно сформулировано в ст. 1487 ГК РФ. Согласно указанной статье, не является нарушением исключительного права на товарный знак использование этого товарного знака другими лицами в отношении товаров, которые были введены в гражданский оборот на территории РФ непосредственно правообладателем или с его согласия. Очевидно, что приведенная норма не должна относиться к случаю исчерпа-

12 В.М. Сергеев, *Правовые вопросы использования товарных знаков в народном хозяйстве СССР*, Дисс. канд. юрид. наук Москва 1977, С. 128–130.

ния прав на знак обслуживания, несмотря на прямое указание законодателя о том, что правила ГК РФ о товарных знаках соответственно применяются к обозначениям, служащим для индивидуализации выполняемых юридическими лицами либо индивидуальными предпринимателями работ или оказываемых ими услуг (п. 2 ст. 1477 ГК РФ). Все дело в том, что оборот товаров, как телесных объектов в сущностном плане отличается от оборота услуг, как действий, приводящих к некому положительному эффекту. Знак обслуживания невозможно разместить на самой услуге. Услуга индивидуализируется опосредованно через размещение знака на документации, в предложениях, в сети Интернет. В вопросе применимости правила об исчерпании прав на знаки обслуживания, между тем, существуют и высказываются различные точки зрения. Так В.В. Пирогова полагает, что: *Норма об исчерпании прав применима только к товарам, но никак не к услугам* (например, в сфере действия знаков обслуживания)¹³. Аналогичную позицию занимает и Д.Д. Косунова¹⁴. С другой стороны, Д.А. Братусь, при всей витиеватости изложения собственной точки зрения, по всей видимости, является сторонником применения правила об исчерпании в отношении знаков обслуживания¹⁵.

Поскольку одним из ключевых признаков правила об исчерпании прав является указание на место ввода товаров в гражданский оборот, постольку по смыслу ст. 1487 ГК РФ, факт первой продажи товаров с примененным на них товарным знаком за границей не влечет исчерпания прав владельца товарного знака в России и, наоборот, факт первой продажи товаров с примененным на них товарным знаком в России не влечет исчерпания прав владельца товарного знака в иностранном государстве, где он зарегистрирован.

Исчерпание исключительных прав на товарные знаки возможно при наличии двух взаимосвязанных юридических фактов: размещения знака на товаре, этикетке или упаковке (иных вариантах размещения, указанных в п. 2 ст. 1484 ГК РФ) и введения товара в гражданский оборот. Введение товара в гражданский оборот является необходимым условием, наличие которого обязательно при всех прочих обстоятельствах и способах размещения знака. Очевидно, что размещение знака при выполнении работ или оказании услуг, в предложениях о продаже товаров, о выполнении работ, об оказании услуг, а также в объявлениях, на вывесках и в рекламе, в сети *Интернет*, в том числе в доменном имени и при других способах адресации не сопровождаемое введением товара в гражданский оборот не может повлечь исчерпания исключительных прав на знак.

¹³ В.В. Пирогова, *Исчерпание исключительных прав и параллельный импорт*, Москва 2008, С. 44.

¹⁴ Д.Д. Косунова, *Применим ли принцип исчерпания права к услугам*, Интеллектуальная собственность. Промышленная собственность 7/2007, С. 67–70.

¹⁵ Д.А. Братусь, *Вопросы реформы авторского права*, Очерки, Алматы 2012, С. 79.

Таким образом, по отношению к товарным знакам и знакам обслуживания, равно как и к объектам патентно-правовой охраны, в РФ применяется модель частного (сингулярного) исчерпания исключительного права.

4. Особенности исчерпания исключительного права на объекты авторского и смежных прав

Формула исчерпания прав на произведение закреплена в ст. 1272 ГК РФ. Согласно указанной статье, если оригинал или экземпляры правомерно опубликованного произведения введены в гражданский оборот на территории РФ путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров произведения допускается без согласия правообладателя и без выплаты ему вознаграждения¹⁶.

В силу прямого указания законодателя приведенная формула не применяется к праву автора на получение от продавца вознаграждения в виде процентных отчислений от цены публичной перепродажи оригинала произведения изобразительного искусства (право следования по смыслу ст. 1293 ГК РФ или неотчуждаемое право долевого участия по смыслу ст. 14-ter Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений). Следует, однако, отметить, что право следования в действующей модели интеллектуальных прав отнесено к разряду т.н. иных прав, не наделенных качеством исключительности (ст. 1226 ГК РФ) и, кроме того, указанное право не включено в структуру исключительного права на произведение (ст. 1270 ГК РФ). Поэтому в отношении права следования не существует предмета исчерпания.

Что касается иных имущественных правомочий правообладателя, составляющих исключительное право на использование произведения и не подпадающих под действия, именуемые распространением по смыслу (подп. 2) п. 2 ст. 1270 ГК РФ, то очевидно, что они выведены из под действия правила об исчерпании.

Аналогично правилу об исчерпании исключительных прав на произведения построена норма, регламентирующая исчерпание фонограммных прав. В соответствии со ст. 1325 ГК РФ, если оригинал или экземпляры правомерно опубликованной фонограммы введены в гражданский оборот на территории РФ путем их продажи или иного отчуждения, дальнейшее распространение оригинала или экземпляров допускается без согласия обладателя исключительного права на фонограмму и без выплаты ему

¹⁶ В литературе действию по распространению придают иногда универсальный характер, возводя его в ранг одного из правомочий, составляющих содержание права на использование любого объекта интеллектуальной собственности. Из этого делается ошибочный на наш взгляд вывод о том, что исчерпывается только право на распространение. Указанный вывод справедлив лишь по отношению к объектам авторского и смежных прав и топологиям интегральных микросхем. См.: С.А. Судариков, *Право интеллектуальной собственности. Учебник*, Москва 2008, С. 30–33.

вознаграждения. Из приведенной нормы следует, что далеко не все правомочия, составляющие исключительное право на фонограмму (ст. 1324 ГК РФ) исчерпываются. К примеру, не подпадают под действие правила об исчерпании правомочия на прокат оригинала или экземпляра фонограммы, а равно их импорт, осуществленный не в целях распространения.

Отмеченное выше свидетельствует о сингулярном характере исчерпания прав на объекты авторского и смежных прав.

5. Особенности исчерпания исключительного права на топологии интегральных микросхем

Механизм исчерпания исключительного права на топологии интегральных микросхем предопределен тремя обстоятельствами. Во-первых, содержанием исключительного права на топологию (ст. 1454 ГК РФ), во-вторых, формулой исчерпания [подп. 3) ст. 1456 ГК РФ] и, в – третьих, наличием института самостоятельного исключительного права на топологию (п. 3 ст. 1454 ГК РФ).

Обращаясь к содержанию исключительного права на топологию, следует подчеркнуть, что законодатель различает среди юридически обеспеченных возможностей правообладателя действия с топологией, которые по терминологии ГК РФ именуются любыми, не противоречащими закону (п. 1 ст. 1229 ГК РФ) и действия с топологией, направленные на извлечение прибыли (п. 2 ст. 1454 ГК РФ). Из этого следует, что частные случаи использования топологии, поименованные в п. 2 ст. 1454 ГК РФ, а именно: воспроизведение топологии в целом или частично путем включения в интегральную микросхему либо иным образом, за исключением воспроизведения только той части топологии, которая не является оригинальной; ввоз на территорию РФ, продажа и иное введение в гражданский оборот топологии или интегральной микросхемы, в которую включена эта топология, или изделия, включающего в себя такую интегральную микросхему, надлежит толковать расширительно, т.е. оценивать их как использование вне зависимости от направленности указанных действий на извлечение прибыли.

Формула исчерпания исключительного права на топологию, предполагающая международный масштаб исчерпания, ориентирована на распространение интегральных микросхем с топологией, ранее введенных в гражданский оборот правообладателем или с его разрешения как юридический факт, влекущий эффект исчерпания. Ключевым в приведенной формуле является выражение *распространение интегральных микросхем с топологией*. Именно интегральных микросхем, а не скажем изделий, включающих интегральную схему с топологией. Говоря другими словами, юридически значимым объектом распространения для целей оценки эффекта исчерпания должна быть интегральная схема, а не изделие, включающее такую схему.

Говоря о самостоятельном исключительном праве на топологию интегральной микросхемы, закрепление которого имеет место в действующем законодательстве (п. 3 ст. 1454 ГК РФ), необходимо отметить, что признание законодателем существования нескольких исключительных прав на один и тот же идеальный результат интеллектуальной деятельности не только размывает абсолютный характер указанного права, но и создает дополнительные трудности, связанные с оценкой эффекта и последствий их исчерпания. В то же время, очевидно, что при любом масштабе исчерпания, коль скоро оно построено на механизме распространения материальных носителей, воплощающих охраняемый результат и принадлежащих в данном случае независимым друг от друга субъектам, исчерпание *основного* исключительного права не должно вызывать эффекта исчерпания *самостоятельного* права и наоборот.

6. Особенности исчерпания исключительного права на селекционные достижения

Действующее законодательство, регламентирующее отношения, складывающиеся в связи с правовой охраной и использованием селекционных достижений в части исчерпания прав на указанные объекты по существу повторяет прежнюю модель исчерпания, свидетельствующую о его международном масштабе. Согласно правилу, закрепленному в подп. 6) ст. 1422 ГК РФ не являются нарушением исключительного права на селекционное достижение любые действия с семенами, растительным материалом, племенным материалом и товарными животными, которые были введены в гражданский оборот патентообладателем или с его согласия другим лицом. Приведенная формула исчерпания, между тем, не применяется к действиям, осуществленным в отношении указанных объектов, если такие действия связаны с последующим размножением сорта растений или породы животных либо связаны с вывозом с территории РФ растительного материала или товарных животных, позволяющих размножить сорт растений (породу животных), в страну, в которой не охраняются данные род или вид, за исключением вывоза в целях переработки для последующего потребления.

Указанные изъятия свидетельствуют о сингулярном характере исчерпания исключительных прав на селекционные достижения.

7. Исчерпание исключительных прав и антиконкурентная практика

Исчерпание прав не является универсальным юридическим средством защиты экономических интересов правообладателя, а равно потребителей. Это утверждение осо-

бенно справедливо и проявляется при совершении сделок, связанных с импортом продукции, в которой воплощены охраняемые результаты интеллектуальной деятельности или импортом товаров, индивидуализированных соответствующими средствами. Как известно, недобросовестные участники оборота, пользуясь пробелами в законодательстве, могут на вполне легальных началах манипулировать ценами на указанную продукцию и товары. Такая манипуляция может осуществляться, как в сторону понижения цен, так и их повышения.

Понижение цен на продукцию имеет место в случае ввоза в страну происхождения продукции, производство которой налажено в зарубежной стране по лицензии. Себестоимость такой продукции, как правило, ниже себестоимости товара оригинального происхождения. Однако показатели качества параллельно импортируемых товаров уступают аналогичным показателям оригинальной продукции.

Повышение относится чаще всего к популярной продукции¹⁷, импортируемой в страну, испытывающую ее недостаток. Примером могут служить действия акционерного общества Sanpegrino SPA запретившего в судебном порядке обществу с ограниченной ответственностью Элит Вода РУ совершать любые действия по введению в гражданский оборот на территории Российской Федерации товаров, маркированных товарными знаками, без согласия их правообладателя, в том числе: ввоз, хранение для цели продажи, предложение к продаже, продажу; об изъятии и уничтожении товара, маркированного товарными знаками¹⁸.

Судом установлено, что акционерному обществу Sanpegrino SPA принадлежит исключительное право на товарные знаки *S. PELLEGRINO* (свидетельства № 426768 от 03.11.1976, № 478229 от 06.07.1983 в Международном реестре товарных знаков), в том числе в отношении товаров 32 класса МКТУ (минеральные воды).

Права истца на указанные товарные знаки признаются и охраняются на территории Российской Федерации. Названные товарные знаки внесены в Таможенный реестр объектов интеллектуальной собственности Российской Федерации.

Основанием для обращения акционерного общества Sanpegrino SPA с исковыми требованиями явилось то, что ответчик ввозит на территорию Российской Федерации продукцию (минеральную воду), маркированную указанным товарным знаком, исключительное право на который принадлежит истцу, и последний не давал ответчику согласие на ввоз на территорию Российской Федерации названной продукции. Истец полагает, что ответчик нарушает его исключительные права на товарный знак.

17 Мы вводим специальный термин *популярная продукция* чтобы избежать смешения с уже устоявшимися терминами, *оригинальный товар* или *товар оригинального происхождения*, описывающими параллельный импорт, под которыми понимается товар, произведенный самим правообладателем.

18 Дело № А40-12515/11-27-104, Информационная система Кодекс.

Суд признал, что ответчик ввозит на территорию Российской Федерации продукцию (минеральную воду), маркированную товарным знаком *S. PELLEGRINO*, та как именно он является декларантом и получателем товара. При этом истец согласия на ввоз на территорию России продукции (минеральная вода), маркированной названным товарным знаком, не давал; доказательств введения в гражданский оборот на территории Российской Федерации непосредственно правообладателем или с его согласия ввезенной ответчиком на территорию Российской Федерации продукции, в том числе доказательств предоставления истцом в установленном порядке такого права третьим лицам, суду не представлено.

Удовлетворяя искивые требования, суд исходил из того, что согласно статье 1484 Гражданского кодекса Российской Федерации ввоз на территорию Российской Федерации товара с нанесенным на него товарным знаком с целью введения его в гражданский оборот на территории Российской Федерации, а также хранение для цели продажи, предложение к продаже, продажа такого товара являются самостоятельными способами использования этого товарного знака.

С учетом положений ст. ст. 1252 и 1515 Гражданского кодекса Российской Федерации суд признал товар, ввезенный ответчиком контрафактным, то есть нарушающим исключительные права правообладателя, поэтому удовлетворил требования истца о его изъятии и уничтожении.

Аналогичным образом был разрешен спор, связанный с ввозом на территорию РФ продукции, маркированной товарным знаком *Krusovice*¹⁹.

Налицо ситуации, при которых товар на территории РФ не введен в гражданский оборот правообладателем или с его согласия, а товарный знак, которым он индивидуализирован, подлежит правовой охране в РФ. В этих случаях правообладатель, пользуясь спросом, может монополично и легально диктовать свою цену на товар, не нарушая действующих правил. Как представляется, выходом из положения было бы внесение соответствующих поправок в ГК РФ и ст. 14 Федерального закона от 26.07.2006 г. № 135-ФЗ О защите конкуренции²⁰ в части формулировки правил, устанавливающих отказ от модели национального исчерпания исключительных прав либо квалифицирующих отказ правообладателя третьим лицам во ввозе в РФ определенной (популярной) продукции как акт недобросовестной конкуренции соответственно.

8. Выводы

1. Исчерпание исключительных прав выступает в качестве одной из форм ограничения абсолютного субъективного права на использование охраняемого результата интел-

¹⁹ Дело № А40–51953/11–51–440, Информационная система Кодекс.

²⁰ Собрание законодательства РФ 2006. № 31(ч.1), Ст. 3434.

лектуальной деятельности или средства индивидуализации продукции (юридической монополии), которая имеет целью удовлетворение преимущественно экономических интересов третьих лиц, в том числе потребителей.

2. В действующем законодательстве РФ закреплены различные формулы исчерпания, в основу которых положены действия с материальными носителями, которые не влекут нарушения юридической монополии. Такими действиями в отношении материальных носителей, в которых воплощены объекты авторско-правовой охраны и топологии интегральных микросхем являются действия по распространению; в отношении материальных носителей, в которых воплощены объекты патентно-правовой охраны и товарные знаки являются действия по введению в гражданский оборот или хранению продукта либо изделия; в отношении семян, растительного и племенного материала, товарных животных являются действия не связанные с последующим размножением сортов растений и пород животных.

3. Исчерпание исключительного права не является универсальным не только по своему масштабу, но и по своему объему, поскольку исчерпанию подлежат далеко не все правомочия, составляющие его содержание. Это свидетельствует о сингулярном (частном) характере исчерпания.

Биографическая аннотация:

Олег Городов – Санкт-Петербургский государственный университет. Профессор кафедры коммерческого права, доктор юридических наук. Научные интересы: право интеллектуальной собственности, информационное право, энергетическое право.

SUMMARY

The exhaustion of exclusive rights in doctrine

The study aims at a critical evaluation of the exclusive rights in doctrine. The author present its substance in the civil law of the Russian Federation in the context the problem of the exhaustion.

KEYWORDS: exclusive rights, exhaustion, civil law

НАТАЛИЯ КИРИЛЛОВА

Некоторые проблемы защиты права собственности при применении мер уголовно-процессуального принуждения

1. Ограничение права собственности путем применения мер уголовно-процессуального принуждения

1.1 Ограничение права собственности путем наложения ареста на имущество

Неприкосновенность собственности имеет основополагающее значение для правопорядка. От того, насколько реальны гарантии защиты собственности от любых неправомерных посягательств, зависит стабильное функционирование не только гражданского оборота, но и всей экономики, а стало быть, устойчивое развитие общества. Признание, соблюдение и защита права частной собственности, относящегося к основным правам, неотчуждаемым и принадлежащим человеку от рождения, составляет обязанность государства.

В процессе осуществления уголовного судопроизводства право собственности может быть ограничено. Это касается, прежде всего, подозреваемых и обвиняемых. Данное ограничение имеет целью защиту права собственности и иных имущественных прав, потерпевших от совершения преступления. В процессе уголовного судопроизводства должен быть соблюден баланс интересов участников процесса, основанный на правильном применении норм, ограничивающих право собственности.

Потерпевший осуществляет защиту права собственности путем предъявления гражданского иска в уголовном процессе. Однако само по себе предъявление иска не гарантирует восстановления нарушенного права. Как известно, право собственности регламентируется преимущественно нормами гражданского права, которые применяются в гражданском или арбитражном судопроизводстве. Вместе с тем вопросы собственности затрагиваются и в других отраслях права, в том числе в уголовном праве, предусматривающем штрафы, конфискацию имущества, а также в уголовно-процессуальном праве, регулирующем применение норм уголовного права. В уголовном процессе России существует институт гражданского иска, так называемый соединенный

процесс, при котором в рамках уголовного дела одновременно рассматривается гражданско-правовой вопрос о возмещении вреда, причиненного преступлением. Защиту указанного права обеспечивает применение некоторых мер уголовно-процессуально-принуждения. Законность, обоснованность, своевременность применения этих мер способствует восстановлению нарушенного права.

Наиболее актуальной мерой процессуального принуждения, позволяющей защитить право собственности, является наложение ареста на имущество. Нарушения уголовно-процессуального закона при применении этой меры может повредить как потерпевшему (например, несвоевременность наложения ареста на имущество), так и обвиняемому и даже иным лицам (когда, например, арест наложен на имущество, не принадлежащее обвиняемому или на имущество вообще не подлежащее аресту).

Наложение ареста на имущество – это превентивно-обеспечительная мера процессуального принуждения, содержание которой состоит в ограничениях права собственности (иного вещного права) для предупреждения ее сокрытия или отчуждения с целью обеспечить исполнение приговора в части имущественных взысканий.

К имущественным взысканиям относятся: 1) удовлетворение гражданского иска, заявленного в уголовном деле [ст. ст. 44, 309 УПК РФ (Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации)]; 2) применение иной меры уголовно-правового характера в виде конфискации имущества (ст. 104.1 УК РФ – Уголовный кодекс Российской Федерации); 3) другие имущественные взыскания с обвиняемого или гражданского ответчика, связанные с данным уголовным делом (взыскание процессуальных издержек с осужденного – ч. 1 ст. 132 УПК РФ, наложение денежного взыскания на законных представителей несовершеннолетнего обвиняемого или подозреваемого за неисполнение обязанностей по присмотру за ними – ст. 117 УПК РФ).

1.2 Условия и порядок наложения ареста на имущество

Условия применения института наложения ареста на имущество в зависимости от их правовой природы можно разделить на две группы: условия, имеющие материально-правовую природу, и процессуально-правовые условия. Процессуально-правовыми условиями являются обстоятельства, от которых зависит возможность применения данной меры: 1) наличие возбужденного уголовного дела; 2) наличие надлежащего должностного лица, правомочного применить меру принуждения; 3) наличие лица, в отношении которого может применяться мера принуждения; 4) наличие обоснованного подозрения или обвинения в отношении конкретного лица.

Наложение ареста на имущество допускается только при наличии одного или нескольких специальных условий. Во-первых, когда установлены: причинение имущественного или морального вреда преступлением; заявлен гражданский иск (ст. 44 УПК РФ). При отсутствии гражданского иска его обеспечение не должно применяться, так как право предъявления иска диспозитивно. Во-вторых, установлены обстоятельства,

подтверждающие, что имущество, подлежащее конфискации в соответствии со статьей 104.1 УК РФ, получено в результате совершения преступления или является доходами от этой деятельности, либо использовалось или предназначалось для использования в качестве орудия преступления, для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества – преступной организации (п. 8 ч. 1 ст. 73; п. 3.1 ст. 82 УПК РФ). В-третьих, установлен размер понесенных судебных издержек, которые реально могут быть возложены на обвиняемого.

Основанием наложения ареста на имущество является обоснованное предположение, что подлежащее взысканию имущество может быть сокрыто или отчуждено.

Арест накладывается на имущество, принадлежащее подозреваемому, обвиняемому или лицам, несущим материальную ответственность по закону за их действия. По гражданскому иску соучастники преступления несут солидарную ответственность, поэтому в обеспечение иска их имущество может быть арестовано в любых пропорциях, но общая его стоимость не должна превышать грозящего имущественного взыскания.

Наложение ареста на имущество производится только по решению суда (п. 9 ч. 2 ст. 29 УПК РФ), так как в соответствии с частью 3 ст. 35 Конституции Российской Федерации никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда.

В стадии предварительного расследования суд в порядке, предусмотренном ст. 165 УПК РФ, выносит постановление о наложении ареста на имущество по результатам рассмотрения ходатайства следователя или дознавателя, которые обязаны исполнить данное постановление. В неотложных случаях имущество может быть арестовано и без судебного разрешения. В этом случае следователь или дознаватель в течение 24 часов с момента начала производства процессуального действия уведомляет судью и прокурора о его производстве. К уведомлению прилагаются копии постановления о производстве следственного действия и протокола следственного действия для проверки законности принятого следователем или дознавателем решения. Получив указанное уведомление, судья в срок, предусмотренный частью 2 ст. 165 УПК РФ, проверяет законность произведенного следственного действия и выносит постановление о его законности или незаконности.

В судебных стадиях уголовного процесса судья, принявший дело к производству, выносит постановление о наложении ареста на имущество по ходатайству стороны обвинения (п. 5 ст. 228; ст. 230 УПК РФ). Представляется, что при наличии указанных выше оснований и условий судья должен иметь право наложить арест на имущество и по своей инициативе при отсутствии возражений со стороны обвинения. Постановление о наложении ареста на имущество, вынесенное в судебном производстве, исполняется судебным приставом-исполнителем.

Копия постановления вручается гражданскому истцу по его ходатайству. Для обжалования данного постановления с ним должен быть ознакомлен и гражданский ответ-

чик. Очень важна возможность обжалования таких решений в апелляционном и кассационном порядке.

На стадии предварительного расследования решение и действия по наложению ареста на имущество могут быть обжалованы заинтересованными участниками процесса в апелляционном и кассационном порядке. Законные владельцы имущества вправе подать иск об исключении имущества из описи (освобождения от ареста) в порядке гражданского судопроизводства. Удовлетворение иска влечет отмену ареста конкретного имущества, а решение гражданского суда о принадлежности имущества имеет преюдициальную силу. Иск об освобождении имущества от ареста может быть подан в течение срока исковой давности, в том числе после исполнения имущественного взыскания.

Содержание меры принуждения в виде наложения ареста на имущество состоит в ограничении прав собственности (хозяйственного ведения или оперативного управления). При этом всегда ограничивается право распоряжения имуществом (запрет отчуждения).

Если ограничения прав по распоряжению и пользованию не могут обеспечить цели наложения ареста на имущество, то ограничивается и право владения - имущество изымается и передается на хранение другим лицам. Конкретные ограничения должны быть указаны в постановлении суда.

По общему правилу до вынесения постановления о наложении ареста на имущество должны быть установлены: индивидуально-определенные признаки, стоимость и местонахождение имущества, подлежащего аресту; принадлежность этого имущества обвиняемому (подозреваемому) или другому гражданскому ответчику.

Закон не запрещает налагать арест на имущество, указывая в постановлении лишь его принадлежность и стоимость. После вынесения судом постановления следователь, дознаватель или судебный пристав-исполнитель должны установить и разыскать конкретное имущество, подлежащее аресту.

Подлежащее аресту имущество разыскивается путем производства следственных действий, и проведения оперативно-розыскных мероприятий, предусмотренных ст. 6 ФЗ (Федеральный закон) Об оперативно-розыскной деятельности от 12 августа 1995 г. N 144-ФЗ. При наложении ареста на принадлежащие подозреваемому, обвиняемому денежные средства и иные ценности, находящиеся на счете, во вкладе или на хранении в банках и иных кредитных организациях, операции по данному счету прекращаются полностью или частично в пределах денежных средств и иных ценностей, на которые наложен арест. Руководители банков и иных кредитных организаций обязаны предоставить информацию об этих денежных средствах и иных ценностях по запросу суда, а также следователя или дознавателя на основании судебного решения.

Часть 3 ст. 115 УПК РФ предусматривает возможность ареста имущества, находящегося у других лиц, то есть не у обвиняемого или подозреваемого. Арест может быть

наложен на имущество, находящееся у других лиц, если есть основания полагать, что оно использовалось или предназначалось для использования этими самими лицами в качестве орудия преступления либо для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества или преступной организации. Такое имущество, переданное осужденным другому лицу или организации, подлежит конфискации, если лицо, принявшее имущество, знало или должно было знать, что оно получено в результате преступных действий. В этой ситуации под *другими лицами* понимаются лица, фактически заподозренные в совершении преступления, т.е. орган, осуществляющий уголовное преследование, располагает достаточными данными о том, что они использовали имущество в качестве орудия преступления, финансировали терроризм и т.д.

При исполнении ареста подлежат изъятию (копированию) правоустанавливающие документы, подтверждающие право собственности. Тем самым исключается неправомерный арест чужого имущества, а также опровергаются возможные ложные заявления (в том числе исковые) о том, что арестованное имущество принадлежит другим лицам.

Наложение ареста отменяется при прекращении уголовного дела или уголовного преследования конкретного лица; постановлении оправдательного приговора; отказе истца от гражданского иска; добровольном возмещении ущерба; отказе судом в удовлетворении гражданского иска; оставлении иска без рассмотрения; недоказанности того, что имущество нажито преступным путем; доказанности, что имущество принадлежит не гражданскому ответчику. При приостановлении дела, прекращении производства по гражданскому иску, оставлении его без рассмотрения уголовно-процессуальная мера принуждения в виде наложения ареста на имущества может быть заменена аналогичной гражданско-процессуальной мерой в порядке, предусмотренном гражданским процессуальным законодательством (глава 13 ГПК РФ). Для этого по ходатайству гражданского истца уголовно-процессуальный арест имущества целесообразно продлить на срок, достаточный для предъявления иска в порядке гражданского судопроизводства.

Для отмены наложения ареста на имущество при предварительном расследовании достаточно постановления следователя или дознавателя, в производстве которого находится уголовное дело, когда основания для применения этой меры отпали.

Законодательство некоторых государств постсоветского пространства предписывает отменить арест имущества в случае, когда он был наложен незаконно. Полагаем, что это самостоятельное обстоятельство, при наличии которого необходимо отменить наложение ареста на имущество, тем самым защитить права лиц, имущество которых было незаконно подвергнуто аресту. Например, когда судья в соответствии с ч. 5 ст. 165 УПК России в ходе проверки поступившего уведомления о производстве наложения ареста на имущество, придет к выводу о незаконных и необоснованных действиях следователя.

Таким образом, используемая в ч. 9 ст. 115 УПК РФ конструкция института отмены наложения ареста на имущество не является универсальной и всеобъемлющей. Из законодательного регулирования выпадают ситуации, связанные с устранением условий применения рассматриваемой меры. Поэтому некоторые практические работники предлагают внести изменения, определив данную норму следующим образом:

Наложение ареста на имущество отменяется на основании постановления, определения лица или органа, в производстве которого находится уголовное дело, в следующих случаях: в применении данной меры отпадает необходимость; если арест был наложен незаконно, в том числе без достаточных для этого оснований или в порядке, не соответствующем закону¹.

В некоторых государствах, например в Германии, в исключительных случаях наложенный арест может быть отменен по ходатайству обвиняемого, если последний нуждается в арестованном для оплаты своей защиты, своего содержания или содержания своей семьи².

Было бы целесообразно предусмотреть аналогичную процессуальную гарантию и в России.

2. Роль конституционного правосудия в защите права собственности

Конституционный Суд РФ 31 января 2011 года вынес Постановление N 1-П по делу о проверке конституционности положений ст. 115, 208 УПК РФ и ст. 126 Федерального закона О несостоятельности (банкротстве) которое продемонстрировало, что Конституционный Суд РФ осуществляет защиту права собственности и противодействует его неоправданному ограничению. Имущество одного из заявителей – ЗАО (Закрытое акционерное общество) *Недвижимость-М* – было арестовано в уголовном деле по гражданскому иску потерпевшего – ОАО (Открытое акционерное общество) Банк *Левобережный*, который требовал обратить на это имущество взыскание по договору залога. Залог же обеспечивал выплату кредита, похищенного неустановленными лицами. При этом владелец арестованного имущества (ЗАО *Недвижимость-М*) статуса гражданского ответчика в уголовном деле не имел.

1 И.Б. Тутынин, *Основания и условия отмены наложения ареста на имущество в стадии предварительного расследования*, Исполнительное право 1/ 2009, С. 2–4.

2 А.Г. Волеводз, *Правовое регулирование новых направлений международного сотрудничества в сфере уголовного процесса*, Москва 2002, С. 178.

Кроме того, по данному делу было рассмотрено заявление ООО *Соломатинское хлебоприемное предприятие*, имущество которого также было арестовано по уголовному делу в целях обеспечения исполнения приговора в части гражданских исков потерпевших, которые являлись участниками конкурсного производства в связи с признанием данного юридического лица банкротом. Органы предварительного следствия и суды, осуществляющие производство по уголовному делу, отказались принимать во внимание п. 1 ст. 126 Федерального закона О несостоятельности (банкротстве). Согласно данной норме на основании решения арбитражного суда о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства, ранее наложенные аресты на имущество должника снимаются, и не допускается наложение новых арестов и иных ограничений распоряжения его имуществом.

Для разрешения поставленных вопросов Конституционный Суд РФ, опираясь на свои предыдущие решения, сформулировал новое конституционно-правовое положение о разграничении видов судопроизводств. Исходя из требований ст. ст. 46 – 53, 118, 120, 123 и 125 – 128 Конституции РФ, федеральный законодатель закрепляет способы и процедуры судебной защиты по отношению к отдельным видам судопроизводства и категориям дел. При этом учитываются особенности соответствующих материальных правоотношений, характер рассматриваемых дел, существо и значимость вводимых санкций, а также правовые последствия их применения. Этим не исключается возможность установления в рамках того или иного вида судопроизводства особых процедур, которые должны обеспечить эффективность судебной защиты прав и свобод человека и гражданина по определенным категориям дел. Однако, вводя такие процедуры, законодатель обязан соблюдать принципы, лежащие в основе организации и осуществления правосудия, разграничения судебной юрисдикции, обеспечения прав и свобод человека и гражданина. Не вправе отступать от этих требований и правоприменитель при уяснении смысла и толковании норм применяемого закона.

Данное конституционно-правовое положение было использовано Конституционным Судом РФ для анализа института гражданского иска в уголовном деле. Предусматривая в уголовном судопроизводстве особую процедуру – институт гражданского иска, федеральный законодатель преследовал цель обеспечить более эффективную защиту субъективных гражданских прав и скорейший доступ к правосудию. Вместе с тем гражданско-правовые требования о возмещении имущественного вреда, причиненного преступлением (вне зависимости от того, подлежат они рассмотрению в гражданском или уголовном судопроизводстве), разрешаются в соответствии с нормами гражданского законодательства. Потому суды общей юрисдикции при анализе в уголовном судопроизводстве вопросов, касающихся отношений собственности, не должны, по мнению Конституционного Суда РФ, допускать подмены частноправовых механизмов разрешения споров о собственности уголовно-процессуальными средствами, направленными на достижение публично-правовых целей уголовного судопроизводства. В производстве по гражданскому

иску в уголовном деле, включая принятие обеспечительных мер в виде наложения ареста на имущество, не должны создаваться препятствия для правильного и своевременного осуществления правосудия по уголовным делам, равно как не должно чрезмерно ограничиваться право собственности лица, на имущество которого наложен арест.

На этой основе Конституционный Суд РФ пришел к следующим выводам:

– применение в отношении лиц, на которых законом возложена материальная ответственность за действия подозреваемых или обвиняемых, меры процессуального принуждения в виде наложения ареста на имущество предполагает установление личности подозреваемого, обвиняемого. Практически это означает запрет применения по нераскрытым преступлениям ареста имущества лиц, не являющихся подозреваемыми и обвиняемыми, в целях обеспечения гражданского иска;

– наложение в порядке обеспечения исполнения приговора в части гражданского иска ареста на имущество лица, несущего по закону материальную ответственность за чужие действия перед гражданским истцом по уголовному делу, предполагает предварительное привлечение владельца имущества в качестве гражданского ответчика. Такое толкование закона, с одной стороны, наделяет собственника комплексом прав, закрепленных ч. 2 ст. 54 УПК РФ для гражданского ответчика, а с другой - позволяет проверить наличие оснований для вынесения данного решения;

– положение ч. 1 ст. 115 УПК РФ (предполагающее в целях обеспечения исполнения приговора в части гражданского иска наложение ареста на имущество лиц, несущих по закону материальную ответственность за действия подозреваемого или обвиняемого) означает, что арест может быть наложен на имущество лишь того лица, которое по закону несет за действия подозреваемого или обвиняемого материальную внедоговорную ответственность, вытекающую из причинения вреда.

Таким образом, в уголовном деле возможно рассмотрение гражданских исков к лицам, которые несут ответственность перед истцом исключительно в соответствии с гражданским кодексом. Соответственно, запрещается привлекать в качестве гражданских ответчиков, налагать арест на имущество лиц, которые несут ответственность перед истцом не по закону, а по договору, в том числе залога, поручительства, банковской гарантии и т.д.. Вопрос о взыскании ущерба с данных лиц по договорам подлежит разрешению в порядке гражданского (арбитражного) судопроизводства, так как выяснение действительности подобных договоров, условий их заключения и фактического выполнения обязательств сторонами не связано непосредственно с целями осуществления правосудия по уголовным делам и относится к сфере гражданского судопроизводства³. В рассматриваемом Постановлении Конституционного Суда РФ указано, что ч. 3 ст. 115 УПК РФ во взаимосвязи с абз. 9 п. 1 ст. 126 Федерального закона О несостоятельности (банкротстве) не предполагает наложение ареста на иму-

3 К. Калиновский, Дело по аресту имущества [online]. Международная ассоциация содействия правосудию [Доступ: 2013-10-08]. Доступны на: <<http://www.iauaj.net/node/749>>.

щество должника, находящегося в процедуре конкурсного производства, либо сохранение ранее наложенного в рамках уголовного судопроизводства ареста на имущество должника после введения данной процедуры для обеспечения исполнения приговора в части гражданского иска в отношении отдельных лиц, являющихся конкурсными кредиторами. Этот вывод основан на том, что специальные нормы гражданского законодательства о банкротстве, устанавливающие особый режим имущественных требований к должнику и обеспечивающие принцип равенства кредиторов, должны пользоваться приоритетом перед общими правилами производства по гражданскому иску в уголовном процессе. Иное вело бы к созданию необоснованных преимуществ для кредиторов, заявивших гражданский иск в уголовном деле, перед другими кредиторами, не заявившими такого иска.

В данном судебном заседании Конституционный Суд РФ проанализировал вопрос о сохранении ареста имущества после приостановления производства по уголовному делу.

Поводом для этого послужила ситуация с арестом недвижимого имущества, принадлежащего Л.И. Костаревой, которой было запрещено не только распоряжаться им, но и пользоваться – сдавать в аренду. По версии следственных органов, данное имущество фактически было приобретено на средства, добытые преступным путем сыном заявительницы, и доходы от аренды этого имущества предназначались для финансирования преступной деятельности.

Уголовное дело было приостановлено на основании п. 2 ч. 1 ст. 208 УПК РФ в связи с тем, что подозреваемые скрылись и находятся в международном розыске. Как утверждала заявительница, арест на имущество в виде запрета им пользоваться, не освобождая ее от обязанности нести расходы по содержанию и эксплуатации принадлежащих ей офисных помещений, причиняет ей ежемесячные убытки в размере от 60 тыс. рублей до 150 тыс. рублей. Кроме того, он фактически влечет за собой принудительное банкротство с последующим отчуждением ее имущества.

Конституционный Суд РФ признал ч. 9 ст. 115 УПК РФ во взаимосвязи с ч. 3 той же статьи и п. 2 ч. 1 ст. 208 УПК РФ не соответствующими Конституции РФ в той мере, в какой они не предусматривают эффективных средств защиты законных интересов собственника имущества, на которое наложен арест для обеспечения исполнения приговора в части гражданского иска, в случаях приостановления предварительного следствия по уголовному делу в связи с тем, что подозреваемый, обвиняемый скрылся от следствия. При этом суд исходил из следующего. В существующей системе правового регулирования допускается сохранение действия меры принуждения в виде ареста имущества на все время приостановления предварительного следствия, то есть до истечения сроков давности уголовного преследования. Это означает, что при неустановлении местонахождения подозреваемого или обвиняемого, скрывшегося от следствия, арест имущества, находящегося у лиц, которые сами подозреваемыми или обвиня-

емыми по уголовному делу не являются, перестает быть временной мерой, которая применяется в рамках закрепленных в законе сроков. Подобный арест практически превращается для названных лиц в неопределенное по срокам ограничение права собственности. При этом собственнику не обеспечивается возможность воспользоваться эффективными средствами правовой защиты, с тем, чтобы понесенные им убытки не превышали действительно неизбежных, а сами ограничения не ставили под угрозу существо данных прав. Причем в законодательстве не урегулировано не только предотвращение убытков собственника в виде отмены запрета пользования арестованным имуществом в случае приостановления дела, но даже возмещение таких убытков в будущем, если дело завершится оправдательным приговором. Расходы собственника по содержанию арестованного имущества и неполученные доходы от его возможного использования не отнесены законом к процессуальным издержкам (ст. ст. 131 – 132 УПК РФ) и не подлежат возмещению в порядке реабилитации (ч. 3 и 5 ст. 133 УПК РФ). Законность ареста имущества исключает и возмещение вреда по ст. 1070 ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации) в гражданском судопроизводстве.

Кроме того, сохранение ареста на имущество в случаях приостановления предварительного следствия на неопределенный срок при отсутствии эффективного механизма защиты прав собственника по владению, пользованию и распоряжению этим имуществом по своему содержанию сопоставимо с конфискацией имущества, применяемой по приговору суда. В результате нарушается и принцип презумпции невиновности, на основании которого до вступления в законную силу обвинительного приговора на обвиняемого, а тем более на третьих лиц не могут быть наложены ограничения, сравнимые по степени тяжести с уголовно-правовыми мерами принуждения. Признавая перечисленные нормы неконституционными, КС РФ предписал федеральному законодателю внести в УПК РФ необходимые изменения, чтобы обеспечить эффективную защиту права собственности лицам, на чье имущество в рамках производства по уголовному делу, предварительное расследование по которому приостановлено, наложен арест для обеспечения исполнения приговора в части гражданского иска. Перед законодателем стоит и более общая проблема, поскольку УПК РФ не регламентирует вопрос о применении по приостановленному делу не только ареста имущества, но и других длящихся мер процессуального принуждения: подписки о невыезде, залога, домашнего ареста, отстранения от должности, удержания изъятых вещественных доказательств. Неограниченное по времени действие названных мер также не согласуется с выработанной Конституционным Судом РФ правовой позицией. До решения описанной проблемы законодателем в Постановлении от 31.01.2011 N 1-П на основе принципа прямого действия Конституции РФ сформулированы рекомендации для правоприменителя. Следственным органам, до приостановления предварительного следствия, необходимо принять все возможные меры к доказыванию виновности участников к преступлению лиц и обстоятельств, подтверждающих преступное проис-

хождение или использование арестованного имущества. Если будет установлена осведомленность собственника арестованного имущества об этих обстоятельствах, то он сам подлежит уголовному преследованию, а имущество – хранению в качестве вещественного доказательства. Если же причастность такого лица к преступлению не установлена, в случае приостановления предварительного следствия по уголовному делу требуется рассмотрение вопроса об отмене наложения ареста или изменении содержания данной меры принуждения. В частности, при надлежащем контроле за движением полученных денежных средств запрет пользования имуществом может быть отменен⁴. В настоящее время законодатель не изменил действующее законодательство, однако правоприменители используют в своей деятельности рассмотренное Постановление Конституционного Суда РФ, обеспечивая защиту права собственности.

Биографическая аннотация:

Наталья Кириллова – профессор кафедры уголовного процесса и криминалистики, юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета, доктор юридических наук. Сфера научных интересов: уголовный процесс, криминалистика, прокурорский надзор.

SUMMARY

Selected issues of the property right protection in the scope of criminal procedure compulsions

The aim of the study is to evaluate the relation between right to property and the criminal procedure compulsions. The author presents the selected issues of the property right protection law system in the context of the criminal proceeding.

KEYWORDS: property right protection, civil law, criminal procedure

4 Вестник Конституционного Суда РФ 2/2011.

ANNA GERECKA-ŻOŁYŃSKA

Правовые проблемы международной защиты культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (Обязательства Республики Польша)

Диапазон размышлений, обозначенный темой статьи, позволяет оставить без внимания замечания, касающиеся исторических аспектов развития современной концепции защиты культурных ценностей в случае вооруженного конфликта. Требуется, однако, представить правовые положения, касающиеся этой тематики, которые, к сожалению, вызывают много противоречий и неудовольствий как среди энтузиастов, так и скептиков принятия на себя инициативы по защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта. Следует также отметить, что анализ только периода вооруженного конфликта позволяет пропустить группу вопросов, касающихся реституции культурных ценностей, так как они становятся актуальными обычно только после окончания конфликта, не раньше, чем будут прекращены боевые действия, а на практике, чаще всего, в процессе подготовки мирного договора либо спустя много лет после его заключения.

При анализе темы согласно вышеуказанной схеме, первая часть размышлений будет концентрироваться на международных правовых актах, регулирующих формы защиты культурных ценностей в случае вооруженного конфликта. Вторую часть следует посвятить проблемам, связанным с международной защитой, которые появились за последние несколько десятилетий, а включают в себя т.н. польский элемент. Наконец, в последней части настоящей статьи автор рассмотрит международные обязательства, касающиеся правовой защиты культурных ценностей в случае вооруженного конфликта, принятые Польшей.

Проблема уничтожения культурных ценностей многие века неразрывно связана с ведением войны, более того, является даже одним из ее элементов, проявляющимся в ходе военных операций в двух четких направлениях. С одной стороны, она является использованием стратегии дегуманизации по отношению к завоеванным, с другой, – мотивирующим фактором для действия захватчиков, в соответствии с предположени-

ем, что война должна быть прибыльной, а значит, позволять ограбления, обеспечивать т.н. *трофеи* или право на присвоении *трофеев*¹.

Современное международное сообщество в противовес многовековым обычаям, однозначно выступая за гуманизацию законов и обычаев войны, приняло решение определить основные правила поведения в отношении движимых и недвижимых объектов, которым по сути своей, в силу своего исторического, научного, религиозного, эстетического значения, как культурным ценностям, должна быть гарантирована защита в соответствующим международном документе.

В конечном итоге, 14 мая 1954 года в Гааге была принята Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта вместе с дополняющими ее документами, Исполнительным регламентом, Первым дополнительным протоколом и принятым 26 марта 1999 года Вторым дополнительным протоколом. Польша ратифицировала все перечисленные документы².

1. Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта, принятая на универсальном уровне в рамках ЮНЕСКО, является пока единственным таким документом, отсюда и ее ведущая роль в защите ценностей находящихся под угрозой военных действий. Тем не менее, следует отметить, что на региональном уровне – по отношению к группе стран американских континентов – аналогичные положения определены в принятом уже в апреле 1935 года Вашингтонском Пакте, упомянутом в преамбуле Конвенции 1954 года.

История принятия Конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта была интересно описана Л. Галэнской³. Не вникая в саму генезу Конвенции, она отмечает факт, что инициаторами принятия упомянутой Конвенции стали страны с богатыми национальными коллекциями, значительно пострадавшие от военных действий во время Второй мировой войны. Поэтому на международном форуме неоднократно подчеркивалось, что мотивация принятия Конвенции основывалась, в частности, на убеждении в возможности предпринять шаги, направленные на защиту культурных ценностей в случае вооруженного конфликта, даже если многие ее положения во многом будут зависеть от доброй воли агрессора.

Следует заметить, что Конвенция 1954 относится к принципам, установленным в Гаагских конвенциях 1899 и 1907 годов, и упорядочивших правила ведения войны.

1 П. Кавалски, И. Менкеса, *Международное гуманитарное право по охране культурного наследия - Размышления о второй войны в Заливе и усилиях по стабилизации Ирака* [в:] *Правовая защита культурных ценностей*, И. Собчак, ред., Торунь 2009, С. 77.

2 Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта и дополняющие ее актами, такими как Исполнительный регламент, Первый дополнительный протокол, принятый 14 мая 1954 года в Гааге (Законодательный вестник 1957. № 46, поз. 212) и Второй дополнительный протокол, составленный в Гааге, 26 марта 1999 года (Законодательный вестник 2012. № 3, поз. 248).

3 Л. Галэнская, *Музы и право*, Ленинград 1987, С. 47.

С точки зрения защиты культурных ценностей, особое значение имеет *Положение*⁴, являющееся приложением Конвенции о законах и обычаях сухопутной войны, которое исключило из международной номенклатуры термин *право добычи* (п. Ж Ст. 23 Положения). Кроме этого, в нем рекомендуется принимать во время бомбардировок и осады все меры, к тому, чтобы щадить, насколько возможно, храмы, здания, служащие целям науки и искусства, исторические памятники (Ст. 27 Положения), а Ст. 56 содержит четкий запрет уничтожения указанных выше объектов, одновременно предусматривая обязанность преследования виновных в подобных действиях. Сформулированные в конце девятнадцатого и начале двадцатого века правила, имели переломное значение для развития культурного сознания международного сообщества, и в некоторой степени даже стали основой созданной им в будущем понятия *всемирного наследия*. Прежде всего, однако, они оспорили ранее непоколебимую уверенность в институте приобретения произведений искусства победителем как форму, имеющую характеристику международной законности.

Для определения предмета защиты Гаагской конвенции 1954 года исходным пунктом является Ст. 1, которая содержит дефиницию культурных ценностей, в которой выделено несколько категорий, таких как: движимое и недвижимое имущество, которые имеют большое значение для культурного наследия народа, зданий, в которых находятся ценные для национальной культуры предметы, а также центры, в которых имеется значительное количество культурных ценностей. Стоит отметить, что статус культурной ценности носит внутренний характер, заинтересованные государства самостоятельно решают, какие ценности подлежат защите.

Положения Конвенции являются компромиссом между постулатом о защите наибольшего количества ценностей и ограничением их количества. Было решено отличить общую защиту, определенную в Ст. 2 Конвенции 1954 года от специальной защиты, определенной в Ст. 8 Конвенции. Можно предположить, что использование такого рода различий стало результатом рациональных опасений, что использование особой защиты по отношению к большому числу объектов в конечном итоге может уменьшить ее значение. Защита может быть использована в двух вариантах: положительном, называемым *охрана* и отрицательном, называемым *уважение*.

Охрана осуществляется в мирное время и в соответствии со Ст. 3 Конвенции – сводится к действиям по предупреждению и избежанию возможных последствий вооруженного конфликта в отношении культурных ценностей.

Уважение определено в Ст. 4 Конвенции 1954 года и касается собственных и вражеских объектов. Статья состоит из директив, обязывающих воздерживаться от вредных и разрушительных действий по отношению к культурно ценным объектам. С точки

4 Положения о законах и обычаях сухопутной войны, в приложении к принятой 18 октября 1907 Гаагской конвенции о законах и обычаях сухопутной войны (Законодательный вестник 1927. № 21, поз. 161).

зрения динамики вооруженного конфликта, уважения культурных ценностей может существовать в двух типах условий, как во время проведения военных действий, так и после их завершения. Среди задач, которые могут быть осуществлены во время оккупации можно назвать, например, обязательство предоставлять необходимую помощь национальным органам в обеспечении охраны культурных ценностей (Ст. 5 Конвенции 1954 года), а также запрещение вывоза товаров с оккупированных территорий (Ст. 1 Первого дополнительного протокола). Исключительную ситуацию предусматривает Ст. 2 указанного протокола, согласно которому существует возможность временного вывоза культурных ценностей с оккупированной территории, если это даст возможность их сохранения, по собственной инициативе или по просьбе заинтересованной стороны. Это решение также относится к внутренним конфликтам (Ст. 19 Гаагской конвенции).

Возвращаясь к вопросу о специальной защите, следует напомнить, что ее применению в отношении конкретного объекта осуществляется в соответствии с положениями Гаагской конвенции в отношении ценностей, указанных в Международном Реестре культурных ценностей, находящихся под специальной защитой, который ведет Генеральный директор ЮНЕСКО. Среди требований, которым должны удовлетворять культурные ценности, находящиеся под специальной защитой, Конвенция перечисляет достаточное расстояние от объекта стратегического характера и запрет их использования в военных целях (п. 1 Ст. 8). Под использованием объектов в военных целях Конвенция понимает использование их для перемещения лиц, размещения военнослужащих и производства военных материалов (п. 3 Ст. 8 Конвенции 1954 года). Специальная защита распространяется также на транспортные средства с культурными ценностями. Специальная защита, по существу, гарантирует иммунитет неприкосновенности, который запрещает все атаки противника на ценности. Исключено использование этих ценностей в военных целях. Регистрация объекта в реестре дает возможность международной проверки, а в случае нарушения Конвенции, исключает возможность применять аргумент неведения при использовании ценности в военных целях. Таким образом, использование охраняемых зданий в военных целях освобождает противника от соблюдения обязательств. Однако, следует учесть факт, что вывод охраняемого объекта за пределы военных действий, с соответствующим уведомлением об этом противоположной стороны, должно привести к восстановлению особой защиты. Однако, принимая во внимание условия, в которых эти действия осуществляются, очевидно, что обмен информацией между сторонами может быть затруднен, а для прояснения ситуации окажется необходимо участие посредников или экспертов, действующих от имени Организации Объединенных Наций или ЮНЕСКО.

Оценивая возможности защиты культурных ценностей во время вооруженных конфликтов, на уровне, который предлагает Гаагская конвенция 1954 года, можно предположить, что эта защита настолько велика, что с юридической точки зрения должна

обеспечивать безопасность во время конфликта. Однако, п. 2 Ст. 4 Конвенции предусматривает широкие возможности ее ограничения, вызванные неизбежной военной необходимостью. Этот пункт позволяет отменить правила, которые защищают культурные ценности, если есть на то особые причины. В соответствии со Ст. 11 лишение иммунитета имеет место в исключительных случаях неизбежной военной необходимости. В отношении культурных ценностей, находящихся под специальной защитой это возможно, если: необходимость военных действий является категорической и неизбежной, приказ выдал командир дивизии, командир берет на себя ответственность за любой ущерб. В вышеуказанных случаях, когда появляется необходимость сослаться на военную необходимость, противостоящая стороны должна, по возможности, быть уведомлена об этом факте. Тем не менее, необходимо выразить опасение, что в связи с отсутствием критериев, определяющих исключительные ситуации, большинство ситуаций может получить статус таковых, что в конечном итоге приводит к приоритету военной цели над культурными ценностями. Этот парадокс, основанный, правда, на вышеупомянутых Гаагских конвенциях конца девятнадцатого и начала двадцатого века, в свое время представил Ярослав Гашек в отличном романе *Похождения бравого солдата Швейка*, описав его просто: *не полагается, но допускается*⁵. Положения, указывающие на возможность использования военной необходимости, правда, были ослаблены во Втором дополнительном протоколе к Гаагской конвенции 1954 года, но, в целом, по-прежнему поддерживают традиционные понятия о военной необходимости.

В наше время серьезным испытанием для функционирования норм, содержащихся в Конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта, стал балканский конфликт, возникший в 90-х годах прошлого века. К сожалению, в ходе конфликта выяснилось, что защита культурных ценностей, которую предусматривает Гаагская конвенция 1954 года, носит полностью иллюзорный характер, и ее положения выдают желаемое за действительное. Конвенция не помешала сторонам конфликта предпринимать шаги для преднамеренного уничтожения объектов, классифицированных как культурные ценности, а также не остановила их от таких действий. Более того, разрушение таких объектов противостоящими сторонами представлялось как успех, что, конечно же, напоминало отвергнутую современным международным сообществом стратегию дегуманизации. В результате, можно сказать, что вооруженный конфликт, как таковой, не стал более цивилизованным, несмотря на усилия наиболее значимых международных и транснациональных организаций. Крайне красноречивым примером совершенного невыполнения положений Конвенции, в частности, являлась ситуация Дубровника и других боснийских и хорватских населенных пунктов,

5 Следует признать, что аргументы Швейка касались медицинского транспорта Красного Креста, но отмена защиты стала возможной из-за военной необходимости. Я. Гашек, *Похождения Бравого солдата Швейка*, т. II, Варшава 1989, С. 146.

где даже миротворческие силы ООН и НАТО не смогли предотвратить разрушительную деятельность демобилизованных военнослужащих.

Анахронические и неэффективные положения специальной защиты заменено новым институтом – усиленной защитой, определение которой находится в Ст. 10 Второго дополнительного протокола к Гаагской конвенции 1954 года. Культурные ценности могут быть взяты под усиленную защиту, если они: являются культурным наследием, имеющим огромное уникальное значение для человечества; охраняются благодаря принятию соответствующих национальных правовых и административных мер; не используются в военных целях, что подтверждает соответствующее заявление. Это решение в большей степени отвечает современному состоянию военной техники, при которой используются точные методы военных действий, такие как бомбы и ракеты лазерного наведения⁶.

Особое внимание обращает факт, что текст Гаагской конвенции 1954 года не регулирует ответственности за повреждения культурных ценностей. Этот вопрос – хотя, как отмечалось выше, уже поднимался в Ст. 56 Положения о законах и обычаях сухопутной войны – был конкретизирован лишь в Ст. 3 Устава Международного Уголовного Трибунала по бывшей Югославии, где умышленные действия (изъятие, уничтожение, повреждение) против охраны памятников и произведений искусства в период вооруженных конфликтов классифицируются как международные преступления – *delicta iuris gentium*. Подобным образом они классифицируются в Римском статуте Международного Уголовного Суда, хотя и без определения отдельного военного преступления, связанного с деятельностью, направленной на разрушение культурного наследия. Ст. 5 документа определяет их как преступления, связанные с:

умышленным нанесением ударов по зданиям, предназначенные для целей религии, образования, искусства, науки или благотворительности, историческим памятникам, госпиталям и местам сосредоточения больных и раненых⁷.

В связи с тем, что Польша подписала Римский статут и признала юрисдикцию Международного Уголовного Суда, в польской уголовной системе ответственность за уничтожение культурных ценностей предусмотрена в § 1 Ст. 125 УК⁸. Подобные обязательства накладывают на Польшу и принятый Второй Дополнительный Протокол к Гаагской конвенции 1954 года, который в п. 2 Ст. 15. указывает на необходимость принятия во внутренних законодательствах государств, подписавших Протокол, по-

6 См. К. Ланкош, *Защита культурных ценностей и международное гуманитарное право* [В:] *Международное гуманитарное право вооруженных конфликтов*, К. Ланкош, ред., Дублин 2006, С. 161.

7 Римский статут Международного Уголовного Суда, подписанный в Риме 17 июля 1998 года (Законодательный вестник 2003. № 78, поз. 708).

8 Закон от 6 июня 1997 года, Уголовный кодекс (Законодательный вестник 1997. № 88, поз. 553, с поправками.).

ложений определяющих уголовную ответственность лиц, виновных в уничтожении культурных ценностей во время вооруженного конфликта, и то, что ответственность та должна быть установлена в ходе справедливого уголовного процесса, проходящего в соответствии со стандартами, определенными в Международном Пакте о Гражданских и Политических правах, в частности, в Ст.14⁹.

Обязательства по защите культурных ценностей во время вооруженных конфликтов следуют также из принятых международным сообществом норм международного гуманитарного права¹⁰. Нормы эти содержатся в опубликованном под эгидой Международного Комитета Красного Креста огромном собрании норм и комментариев к нормам обычного международного гуманитарного права, состоящим из 161 норм. Четыре из них относятся к защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта (нормы 38–41), и одновременно, определяют *минимальные* стандарты для обеспечения такой защиты. Они указывают на необходимость уважения культурных ценностей, запрет на использование особо ценных объектов в военных целях, обязанность защиты культурных ценностей и абсолютный запрет их уничтожения, грабежа и осквернения. Нормы эти являются важными для функционирования института защиты культурных ценностей во время вооруженных конфликтов, поскольку не все страны являются участниками Гаагской конвенции 1954 года.

II. Широкую огласку на международном уровне в контексте проблемы защиты культурных ценностей в случае вооруженного конфликта получила II война в Персидском заливе, включавшая военные действия в Ираке в марте и апреле 2003 года, приведшие к свержению режима Саддама Хусейна и оккупации этих регионов, объединенная со стабилизационной миссией коалиционных сил¹¹. Во фрагменте отчета, выполненного по просьбе иракского правительства д-ром Дж. Кертисом (хранителем Отдела Древнего Ближнего Востока Британского музея) и опубликованного в январе 2005 года британским *The Guardian*, было высказано предположение, что польские и американские солдаты разрушали многие памятники Древней Ассирии. Польские войска были обвинены в причинении ущерба на территории базы Альфа в Вавилоне, расположенной частично на участке с археологическими памятниками¹².

Польская сторона частично отвергла эти обвинения, утверждая, что ущерб возник еще до принятия базы польскими войсками, а некоторые разрушения имели место вообще во времена правления Хусейна, который построил там один из своих дворцов, часть же из них появилась в 2004 году, когда Вавилон перешел обратно под ох-

9 Законодательный вестник 1977. № 38, поз.167, приложение.

10 См. К. Ланкош, *Защита культурных...*, С. 163–164.

11 Iraq Cultural Heritage Project [online]. The White House. Доступны на: <http://www.whitehouse.gov/IraqCulturalHeritageProject/archives/georgewbush/16.10.2008>.

12 См. Поляки и американцы развезли чудо света, EMIS, информация от 11 июля 2009 года, источник Польский ежедневник.

рану Иракского совета по древностям и культурному наследию¹³. В подготовленных польским Министерством обороны отчетах, направленных на отражении обвинений в адрес Польши, справедливо подчеркнуто, что Польша уже в мае 2003 года подготовила проект защиты памятников и археологических объектов в Ираке, в вверенной польским войскам зоне стабилизации. Этот проект стал потом частью правительственного документа *Концепция участия Польши в восстановлении и реструктуризации Ирака*, который польская сторона представила в ЮНЕСКО в Париже, заявив при этом о финансировании конкретных инициатив¹⁴ из упомянутого документа. Наконец, для того, чтобы развеять сомнения, которые появились вокруг деятельности польских войск на базе в Вавилоне, в 2008 году Польша подписала соглашение с Организацией Объединенных Наций о создании целевого фонда для завершения доклада об оценке состояния археологических раскопок Вавилона¹⁵. Можно, однако, ожидать, что участие в операциях в рамках НАТО, а также участие польских вооруженных сил в военных миссиях, может привести в будущем к подобным ситуациям.

Поэтому, в соответствии с положениями Второго Дополнительного Протокола к Гаагской конвенции, во время процесса обучения военнослужащих необходимо придавать большое значение сотрудничеству с ЮНЕСКО, в частности, путем участия в образовательных программах, обмена информацией и обучения правильной интерпретации международных норм.

III. Анализируя проблему защиты культурных ценностей в случае вооруженного конфликта в контексте международных обязательств Польши, следует отметить, что кроме Гаагской конвенции 1954 года и дополняющих ее Исполнительного регламента и Дополнительных Протоколов, Польше также связана другими конвенциями, положения которых, в большей или меньшей степени, касаются вопроса защиты культурных ценностей в случае дестабилизации государства.

Ведущую позицию в этой области, несомненно, занимают: принятая в Париже 17 ноября 1970, Конвенция о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности¹⁶ и принятая 16 ноября 1972 года Конвенция об охране всемирного культурного и природного наследия¹⁷. Положения, вытекающие из международных документов отражены в национальном законодательстве.

13 Мы не уничтожили Вавилон, интервью с генералом М. Bieniek, представителем Польши при Военных комитетах НАТО и ЕС, EMIS информация от 18 июля 2009 года.

14 К. Салачиньски, *Польская специальность, Вооруженная Польша*, EMIS, 30 мая 2004 года.

15 Соглашения от 25 июня 2008 года, между Правительством Республики Польша и ООН ЮНЕСКО о создании целевого фонда для завершения доклада об оценке состояния археологических раскопок Вавилона (П.М. 2008. № 63, поз. 552).

16 Законодательный вестник 1974. № 20, поз. 106.

17 Законодательный вестник 1976. № 32, поз.190.

В частности, следует отметить Закон от 23 июля 2003 года о защите и сохранении памятников¹⁸, который позволяет Совету министров создать Польский Консультативный комитет для координации проектов, связанных с охраной памятников архитектуры в случае вооруженного конфликта (Ст. 4). Соответствующее постановление, которое утверждает состав и деятельность Комитета, было принято Советом министров 27 апреля 2004 года¹⁹. Необходимо учесть также Постановление Министра культуры от 25 августа 2004 года об организации и способах защиты памятников в случае вооруженного конфликта и кризисных ситуациях²⁰, которое устанавливает и распределяет задачи по защите памятников от повреждения, кражи, уничтожения, посредством обеспечения их надлежащей защиты, документации, консервации и т.д. Кроме того, в непосредственной связи с Гаагской конвенции 1954 года остается Решение Министра национальной обороны от 4 августа 2005 о соблюдении принципов защиты культурных ценностей в деятельности вооруженных сил Польши²¹, которое учитывает специфику действия отдельных воинских частей.

IV. Подводя итог вышесказанному, можно сделать вывод, что в современном мире, международное сотрудничество играет важную роль, а участие в нем определяет место государства в международных отношениях. Поэтому готовность Польши принимать участие в различных международных проектах, особенно тех, которые служат защите мирового культурного наследия, должна быть высоко оценена. Отметим необходимо, что Польша является стороной основных международных документов, которые регулируют всеобщую защиту культурных ценностей во время вооруженных конфликтов, а вытекающие из них обязательства нашли отражение в польской системе охраны памятников.

Биографическая аннотация:

Anna Gerecka-Żołyńska – Профессор Университета Адама Мицкевича в Познани, факультет права и администрации, кафедра уголовного процесса.

18 Законодательный вестник 2003. № 162, Ст. В 1568 году.

19 Законодательный вестник 2004. № 102, Ст. В 1066 году.

20 Законодательный вестник 2004. № 212, поз. 2153.

21 Официальный журнал Министерства обороны в 2005 году, № 15, поз. 135 (решение № 250/МОН).

SUMMARY

Legal issues of an international protection of cultural property in the context of an armed conflict (Obligations of the Republic of Poland)

The aim of the study is to evaluate the legal issues related to the obligations of the Republic of Poland in the context of an armed conflict according to the legal aspects of an international protection of cultural property.

KEYWORDS: cultural property, armed conflict, international law

RÓŻA DZIEWA

The Issue of Eviction and the Related Problems of Social Housing in the Polish Legal System

Evictions related to contractual tenancy are an escalating problem in Poland which cannot be ignored. The relevant provisions of the law seem to fully protect the interests of both the landlord and the tenant. However, the application of the law and the circumstances of eviction indicate the need for change. The issue is important because this is where the influences of three different parties intertwine: the owner of a rental property, who under a lease contract leases it to a third party; the tenant; and the commune, which performs basic functions in the field of public tasks of local importance in its own name and according to its own responsibility. In order to effectively perform an eviction, all the above-mentioned parties have to cooperate. The role of the commune is particularly significant here since improper performance of its public tasks in the field of the provision of social or temporary housing units may lead to situations where, despite a legally binding eviction ruling, the person entitled to the property cannot exercise their right of ownership.

1. What is eviction?

The issue of eviction is essentially regulated by the Tenants' Rights, Municipal Housing Stock and the Civil Code Amendment Act of 21 June 2001¹ (Hereinafter referred to as the Tenants' Rights Act). Provisions of the Civil Code and the Code of Civil Procedure (procedural issues) apply to all matters not settled therein. Article 222 § 1 of the Civil Code (stating the basis for eviction) is particularly significant. In accordance with this article, the owner can demand that the person who factually possesses the owner's object deliver it to the owner, unless the person holds an effective right to possess the object.

1 Dz. U. 2005, No. 31, item 266.

Although the Tenants' Rights Act does not explicitly define eviction, the interpretation of its provisions allows one to conclude that they constitute all factual and legal actions that aim to clear the rental or real property of people and objects and to deliver it to the entitled person². The situation recognised as the basis for demanding eviction is where a person occupies a property without the legal title. This may involve occupying a real property without due authorisation as well as expiry of the legal relationship (e.g. as a result of termination of the lease contract). In special cases the entitled person may demand that the person who has the legal title to the property leave the said property provided that a special provision applies, e.g. it is necessary to conduct renovation works or safety is at risk due to the technical state of the building³. However, the most common cause of eviction is when tenants are in arrears due to insufficient financial resources necessary for timely payment of the rent⁴.

The procedure for performing an eviction can be generally divided into two stages⁵. The first one is of a preparatory nature and involves the following:

- default notice under pain of termination of the lease contract;
- termination of the lease contract and notice to vacate;
- action for termination of the legal relationship and for vacating the property.

The second stage is the enforcement proceedings conducted by the court enforcement officer, upon a motion by the entitled person based on a ruling registered for enforcement and the commune's potential liability for damages.

1.1 First stage of eviction

Pursuant to article 11 paragraph 1 of the Tenants' Rights Act, if the tenant is entitled to paid use of a property, the owner can terminate the legal relationship only under conditions stated in article 2-5 and article 21 paragraph 4 and 5 therein. Those provisions protect the tenant against sudden termination of the legal relationship under which the tenant uses the property. The principal grounds for terminating a lease or any other relationship which entitles one to use a property are specified in paragraph 2 of the article⁶. Pursuant to the provision, the owner can terminate the legal relationship if, despite a written notice, the tenant continues to use the property contrary to its intended purpose or in a way that is contrary to the agreement; neglects their duties and thus causes damage to the property;

2 P. Rola, *Eksmisja – niektóre zagadnienia prawne*, *Nieruchomości* 3/2007, p. 6.

3 A. Banowicz, Rules of eviction [online]. Serwis prawa [access: 2013-12-20]. Available at: www.serwisprawa.pl/artykuly,28,12283,zasady-eksmisji.

4 Cf. J. Krasnodembski, *How are tenants' rights protected* [online]. *Infor* [access: 2013-00-00]. Available at: www.infor.pl; R. Krupa-Dąbrowska, *How to evict from a social housing unit*, *Rzeczpospolita* 2013-04-08.

5 P. Rola, *op.cit.*, p. 6.

6 R. Dżiczek, *Ochrona praw lokatorów. Dodatki mieszkaniowe, Komentarz. Wzory pozwów*, wyd. 5, Warszawa 2012, p. 107.

damages equipment intended for the common use of tenants; violates the house regulations in an obvious and persistent manner, making the use of other properties inconvenient; is in arrears with rent or other dwelling costs for the minimum of three full payment periods; has subleased or assigned the use of the property or part of it free of charge to third parties without the written permission of the owner; or continues to use property which needs to be vacated due to the necessity of demolition or renovation of the building. Termination should be effected in writing under pain of nullity and should state the reason for termination (article 11 paragraph 1 sentence 2). One cannot fail to notice that the provision of article 11 of the Tenants' Rights Act uses terms relevant to the lease contract since it is a fundamental type of contract of paid use of residential premises⁷.

At the same time, article 11 of the Tenants' Rights Act imposes limits on the freedom of the landlord to terminate legal relationships regarding housing which are based on a contract of paid use of a real property⁸. It does not, however, impose any limits on terminating such relationships by the tenant. Thus, the various limitations introduced by way of the said provision are not binding for the tenant, since the tenant can terminate the contract at any time and the relevant issues concerning the basis and period of notice are regulated by the provisions concerning a particular legal relationship (i.e. in the case of a lease, provisions of the Civil Code concerning the lease apply).

The landlord can overcome the said limitations only by following the general rule by which all contracts, including contracts of using a real property, can be terminated by mutual agreement of the parties⁹. A reference to the rule appears in article 11 paragraph 10 of the Tenants' Rights Act, under which, provided that the parties were not able to reach agreement as to the terms and date of the termination of the relationship, due to compelling reasons other than those stated in article 11 paragraph, 2, the owner can file a petition to terminate the legal relationship and order removal of the tenant from the property. It should be remembered that in such matters the defendants are all the persons for whom the property is their place of residence.

The ruling terminating the legal relationship of property use is of a constitutive nature¹⁰. When terminating the lease, the court usually obligates the defendant to vacate the property, and determines whether they are entitled to a social or alternative housing unit or suspends eviction (*cf.* article 302 of the Civil Code)¹¹.

7 R. Dżiczek, *op. cit.*, p. 104.

8 A. Doliwa, *Prawo mieszkaniowe. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2012, p. 211.

9 *Ibidem.*, p. 212.

10 J. Chaciński, *Ochrona praw lokatorów. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2013, p. 127.

11 R. Dżiczek, *op. cit.*, p. 108.

1.2 Second stage of eviction

As has been mentioned earlier, the second stage of eviction involves the enforcement proceedings. The task of performing eviction has been assigned to public authorities, more specifically – to the court enforcement officer or an administrative law enforcement authority. It can be conducted on the basis of either the provisions of the Civil Code or the Act on Administrative Enforcement Proceedings, depending on the nature of the duty or the properties of the judicial authority¹². The intention behind this regulation is to avoid any lawlessness and to protect the interests of the evicted person.

In cases where the evicted person has been granted the right to a social housing unit under the court's ruling, the court enforcement officer can only evict the person where such a housing unit is available. Therefore, in performing the duty of vacating the property which the debtor uses as their place of residence on the basis of the writ of execution, the court enforcement officer must suspend their actions until the commune designates the said social or temporary housing unit¹³. This is because, pursuant to article 14 paragraph 1 sentence 2 of the Tenants' Rights Act, it is the responsibility of the commune responsible for the location of the vacated property to provide social housing. The evicted person can thus refuse to be relocated to a social housing unit offered by a different entity. Furthermore, failure to fulfil the said duty can subject the commune to liability for damages to the property owner, for whom the ruling in force cannot be executed.

2. The issue of social housing

The definition of a social housing unit appears in article 2 paragraph 1 subp. 5 of the Tenants' Rights Act, under which each mention of a social housing unit therein shall be construed as a residential property suitable for use as a dwelling with respect to the fixtures and fittings and the property's technical state. Additionally, the floor area of the rooms per each of the tenant's household members cannot be smaller than 5 m² or 10 m² in the case of a single-person household, and the standard of the housing unit can be below that of the property the person has been evicted from.

As has been mentioned earlier, in the eviction ruling the court determines whether the tenant is entitled to a social housing unit. The court investigates *ex officio* whether there are grounds for providing the tenant with a social housing unit. During the adjudication, the court takes into consideration the current use of the property as well as the defendant's financial and family situation (article 14 paragraph 3 of the Tenants' Rights Act). It is important to note that as of 2005 there are no more sidewalk evictions in Poland, i.e. evictions without providing the tenant with a temporary housing unit.

12 P. Rola, *op. cit.*, p. 6.

13 Cf. M. Bielecki, *Metody skutecznej eksmisji niechcianego lokatora*, *Nieruchomości* 8/2006, p. 6.

The practice was common in the 1990s. Pursuant to article 1046 § 4 of the Code of the Civil Procedure, if performing the duty of vacating the property which the debtor uses as their place of residence on the basis of the writ of execution, which does not grant the debtor the right to a social or temporary housing unit, the court enforcement officer should evict the debtor and relocate them to a different property to which they have the legal title and where they can reside. If, however, the debtor is not entitled to a different property where they could reside, the court enforcement official suspends their actions until the commune responsible for the location of the vacated property, upon a motion by the officer, designates a temporary housing unit for the debtor, but not longer than for the period of 6 months. After that time, the officer evicts the debtor and relocates them to a night shelter, a homeless shelter or a different establishment offering temporary residence designated by the commune competent for the location of the vacated property. Upon relocating the debtor to a night shelter, a shelter or a different establishment offering temporary residence, the officer should inform the competent commune of the need to provide the debtor with temporary accommodation.

One cannot fail to notice that the above-mentioned regulation shifts the duty of supporting the tenant until they are provided with a temporary housing unit onto the property owner, whereas in the case of eviction rulings which involve an order to provide temporary housing, the property owner has the right to demand compensation from the commune for failing to provide a social housing unit¹⁴.

Pursuant to article 14 paragraph 4 of the Tenants' Rights Act, the court cannot deny entitlement to a social housing unit to the following persons:

- pregnant women;
- minors, disabled persons as defined in the provisions of the Social Assistance Act of 29 November 1990¹⁵, incapacitated persons and custodial guardians who share the household with such persons;
- bedridden persons;
- recipients of pensions who qualify for social assistance benefits;
- the registered unemployed;
- persons meeting the conditions set by the commune council by way of a resolution: unless those persons can reside in a property other than the current one.

As regards the resolution of the commune council, it should describe the rules regarding the lease of units comprising the housing resources of the commune. The basic conditions which have to be met by people applying for a social housing unit are stated, first and foremost, in Art. 23 par. 2 of the Tenants' Rights Act. The Article states that the lease contract of a social housing unit can be made with a person who has no legal

14 Cf. R. Krupa-Dąbrowska, *Brak lokali socjalnych kosztuje miasta coraz więcej*, Rzeczpospolita 2010-12-22.

15 Dz. U. 1998, No. 64, item 414.

entitlement to a property and whose household income does not exceed the amount stated in the resolution of the commune council. However, an issue has been raised in the jurisdiction that the commune cannot state different conditions in its resolution that those defined by the Tenants' Rights Act¹⁶. It results from the fact that the rules of lease should be defined in such a manner that those inhabitants of the commune who fulfil the basic conditions (i.e. those included in the Act), should have an equal opportunity to try and obtain the social housing unit¹⁷.

The enforcement authority is under an obligation to determine whether the person to be evicted belongs to any of the above-mentioned groups, and if they do, the authority is obliged to inform them of the possibility of instituting a relevant legal action¹⁸. Simultaneously, the enforcement procedures should be suspended and a prosecutor notified. This way the regulation adds an additional safeguard to the implementation of rights as a result of the right granted to prosecutors by the article 55 of the Code of Civil Procedure to institute legal action on behalf of such persons¹⁹.

It is worth noting that a contract for the lease of a social housing unit can be contracted only for a definite period of time, which is designed to ensure periodic verification of the entitlement to a social housing unit. Naturally, after the end of the definite term, such a contract can be extended for another period of time, but prior to this the commune should investigate whether the tenant continues to be entitled to this form of assistance. In a case where the tenant's income exceeds the limit set by the resolution, apart from the usual rent, the commune can require the tenant to pay compensation equal to the regular rental rate for council flats²⁰.

What is important, when determining whether the tenant is entitled to a social housing unit, is that the court orders suspension of the eviction procedure until the commune prepares a contract for lease of a social housing unit (article 14 paragraph 6 of the Tenants' Rights Act). In the meantime, the overwhelming majority of communes do not have a sufficient number of social housing units at their disposal and thus cannot give even an approximate date of providing the entitled person with accommodation. This

16 Cf. sentences of the Supreme Administrative Court in cases: I OSK 1318/2009, I OSK 598/2008, OSK 883/2004; sentence of the Voivodeship Administrative Court in Łódź, III SA/Łd 117/2011; sentences of the Voivodeship Administrative Court in Wrocław in cases: IV SA/Wr 389/2007, IV SA/Wr 98/2004, IV SA/Wr 388/2007; sentences of the Voivodeship Administrative Court in Gorzów Wlkp. in cases: II SA/Go 126/2011, II SA/Go 528/2011; sentence of the Voivodeship Administrative Court in Gdańsk, III SA/Gd 433/2010; sentence of the Voivodeship Administrative Court in Gliwice, IV SA/Gl 685/2009.

17 Sentence of the Voivodeship Administrative Court in Gliwice, II SA/Gl 1156/2010.

18 Resolution of the Polish Supreme Court, III CZP 61/07.

19 Resolution of the Polish Supreme Court, III CZP 61/07.

20 M. Kosiarski, *Dla najbardziejniejszych lokal socjalny*, Rzeczpospolita 2012-01-13.

situation is further exacerbated by the fact that the act does not specify the deadline by which the commune should fulfil their obligation. The regulation thus leads to relatively frequent situations where for many years the tenant entitled to a social housing unit has the right to reside in the previous property, while the owner is deprived of the possibility of taking any action and of disposing of their property at their own discretion. As a result, the owner has to tolerate their property being occupied by a person who no longer has the legal title to use the property²¹. Not only is it impossible for the owner to use the property, but he/she may also encounter difficulties when attempting to sell the property, since this innominate legal relationship (bearing the responsibilities related to the property) would continue for the potential buyer.

Admittedly, the provisions of article 18 of the Tenants' Rights Act prescribe that persons occupying a property without the relevant legal title should pay compensation until the day they vacate the property (paragraph 1). The regulation discussed applies only to those instances, in which the people occupying the social housing unit had an earlier legal entitlement to it, which subsequently expired²². The compensation should equal the rent the owner could earn for renting the property, and if the compensation does not cover the loss suffered, the owner can demand supplementary compensation from the person occupying the property (paragraph 2). In the event of a trial it will be necessary to admit the evidence based on the judicial expert's opinion²³. However, as has been noted earlier, persons awaiting eviction usually fail to pay the rent and bills; therefore, it is the owner who becomes responsible for supporting them and this results in substantial financial losses²⁴. The owner is thus forced to give credit to their previous tenant and simultaneously incurs the costs related to the property²⁵. For this reason, property owners increasingly (often even in the first place²⁶) use the possibility given to them by art. 18 par. 5 of the Tenants' Rights Act, under which, if the commune fails to provide a social housing unit to a person entitled to it under the court's ruling, the owner can claim damages from the commune. However, the compensation covers the full amount

21 Cf. A. Doliwa, *op. cit.*, p. 243.

22 A. Doliwa, *Najem lokali. Komentarz* [Property lease. Commentary], Warszawa 2010, p. 315–316; see also: resolution of the Seven Judges of the Supreme Court, III CZP 6/2005; resolution of the Supreme Court, III CZP 66/2001.

23 J. Chaciński, *op. cit.*, p. 144.

24 Cf. R. Krupa-Dąbrowska, *Brak lokali socjalnych kosztuje miasta coraz więcej*, Rzeczpospolita, 22.12.2010.

25 R. Krupa-Dąbrowska, *Komornik nie ma dokąd wyrzucić, można domagać się odszkodowania*, Rzeczpospolita, 18.07.2013.

26 Cf. B. Rakoczy, *Odpowiedzialność za zajmowanie lokalu bez tytułu prawnego* [Responsibility for occupying a flat without a legal entitlement], 1st edition, Warszawa 2011, p. 125.

of the damage incurred²⁷. It should be noted that the responsibility of the commune for the damage is *in solidum*, that is the commune will be exempt from the obligation to pay the compensation to the extent, in which it will be paid off by the evicted person²⁸. It is important, that the entitlement to damages is not automatic by virtue of law; it is necessary that the owner institutes a legal action against the commune competent for the location of the vacated property. It is also possible to settle the issue of damages with the commune out of court²⁹.

A question arises what happens if the people who had been awarded the social housing unit have outstanding payments related to this unit. According to the opinion of the Supreme Court, it is necessary to grant an injunction requiring the tenant to leave the social housing unit³⁰. In the injunction the court declares the right to a social housing unit, provided the conditions of the Act are fulfilled. Undoubtedly, such a solution is favorable for those who occupy the social housing units, but it puts the communes in a very difficult position, as they are obliged to provide such units. This sentence makes it difficult for communes to manage the units in a reasonable way, whereas Poland suffers from an insufficient number of social housing units compared to the ever growing demand.

3. Report by the Polish Supreme Chamber of Control

As indicated in the report by the Polish Supreme Chamber of Control (NIK) of 14 January 2011³¹, although communes build increasing numbers of housing units, they nevertheless fail to satisfy the growing demand. The audit covering the years 2004–2010 included 18 communes from 6 different voivodeships. The report shows that not only are there no housing units for 80% of entitled persons, but also that the state of many of the existing ones poses a threat to the life and health of residents. None of the audited communes met the social housing needs of their residents. The number of such housing units has increased in recent years, but so has demand. The auditors showed that the number of unenforced eviction rulings which grant the entitlement to a social housing unit is rising. Since the number of such housing units is insufficient, half of the audited communes paid damages to affected property owners. According to the Chamber, the financial support from the national budget provided to the communes is also insufficient.

27 Cf. sentence of the Constitutional Tribunal, P 1/08; see also: resolution of the Supreme Court, III CZP 12/12.

28 Cf. B. Rakoczy, *op. cit.*, p. 124; see also: sentence of the Supreme Court, V CSK 31/08; resolution of the Supreme Court, III CZP 121/07; sentence of the Appeal Court in Poznań, I ACA 154/10.

29 R. Krupa-Dąbrowska, *Court...*, Rzeczpospolita 2013-07-18.

30 Cf. resolution of the Supreme Court, III CZP 11/13.

31 Polish Supreme Chamber of Control's Report. Information on the results of the audit of acquiring housing units for the poor, no. 179/2010/P/10/151/LLO.

A different report prepared by the Chamber³², covering the years 2009–2011, also points to a growing number of eviction rulings granting the entitlement to a social housing unit (a rise from over 11,000 in 2009 to 15,000 in 2011) which could not be enforced due to the communes' inability to provide such housing. As a consequence, the amount of damages paid in this period still grew, which further burdened the communes' budgets. In the audited communes, the sole amount of damages paid amounted to nearly 7.5mln PLN at the end of 2011, which is four times the amount paid out in 2008.

The above-mentioned reports demonstrate the scale of the problem that stems from the current legal solutions. The reports prove that not only is the communes' debt rising every year, but so is the demand for social housing, which only aggravates the financial situation of the communes.

4. Summary

The present paper aimed to demonstrate the deteriorating situation related to eviction. The regulations in force in Poland which protect tenants against eviction greatly hinder real estate trading for owners. The lack of action on the part of communes promotes tenants' abusive activities and can, as it were, encourage intentional avoidance of paying rent, which results in the tenant's financial gain at the expense of the owner. This state of affairs leads to situations where the ownership title to a real property is seriously limited since the entitled person *de facto* does not derive benefits from the property he/she owns, and additionally incurs costs related to it (e.g. property tax). It should be noted that the current regulations fail to meet the growing need and, as a consequence, contribute to the mounting crisis in this area. This could lead to a critical situation where communes will be completely unable to meet the obligations imposed on them with respect to providing social housing as well as paying related damages. As a result, property owners might increasingly seek other solutions, not necessarily legitimate ones, to remove tenants from their properties. Therefore, it is necessary to create quicker and more efficient procedures that would allow the owner to reclaim the property while at the same time protecting the evicted persons. In order to rectify the situation, the creation of realistic programmes promoting social housing and the vocational activation of the evicted persons is postulated.

Biographical reference:

Róża Dziewa - is a Ph.D. student at Koźmiński University in Warsaw, Poland. In 2012, she obtained an M.A. degree in law at the Faculty of Law and Administration at the

³² Polish Supreme Chamber of Control's report, Information on the results of the audit of residential council housing management, no. 185/2012/p/12/069/KIN.

Adam Mickiewicz University in Poznań, Poland. In the following year she completed post-graduate tax studies at the Faculty of Law, Administration and Economy at the University of Wrocław. Her professional interests include, among other things, commercial law, civil law and intellectual property law.

SUMMARY

The eviction and social housing in the Polish legal system

The aim of the study is to evaluate the eviction and social housing in the Polish legal system. Presenting the selected topic the author focus on the functioning of the eviction and social housing as well as on the Report by the Polish Supreme Chamber of Control in order to prove the deteriorating of the eviction.

KEYWORDS: eviction, social housing, Polish legal system

ЕКАТЕРИНА КАРАСЬ

К вопросу о защите права общей долевой собственности

Основной закон, как нам известно, представляет собой свод незыблемых и священных правил, которые подлежат безукоснительному соблюдению. В Конституции РФ закреплён постулат о том, что *каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами*. Так, в последнее время в Российской Федерации всё большую и большую актуальность приобретают вопросы общей собственности. С переходом к рыночной экономике институт права собственности претерпел значительные изменения, в том числе широко стали распространяться гражданско-правовые отношения, касающиеся общей долевой собственности. На развитие этой категории повлияли процессы приватизации, в том числе и жилого фонда, новый порядок управления многоквартирными домами, развитие наследственного права и ряд других факторов.

1. Понятие права общей долевой собственности

Институт права общей собственности своими корнями уходит в римское право, которое допускало, что вещь и право на неё могут принадлежать нескольким лицам одновременно. Такие отношения римские юристы называли *communio* (общность)¹.

Право общей долевой собственности, как и право собственности в целом, можно понимать как в объективном, так и в субъективном смысле. В объективном смысле оно представляет собой совокупность норм, регулирующих отношения по принадлежности единой вещи двум или более лицам одновременно в определенных долях,

1 И. Новицкий, *Римское право*, Москва 1996, С. 100.

а субъективном – право двух или более лиц сообща по своему усмотрению владеть, пользоваться, распоряжаться принадлежащим им имуществом как единым целым².

Следует отметить, что фактически ни один из поименованных в ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации) и других законодательных актах договоров не имеет своей единственной целью установление общей собственности в том или ином виде. Общая собственность возникает как явление сопутствующее какому-либо соглашению (например, договор простого товарищества) или иному факту (например, открытие наследства).

2. Проблемы правового регулирования института права общей долевой собственности

Несмотря на свою распространенность, институт общей долевой собственности содержит в себе проблемы как теоретического, так и практического плана. По этому поводу еще Г.Ф. Шершеневич отмечал, что *общая собственность, явление весьма частое, представляет значительные трудности для уяснения ее юридической природы*³.

Главной теоретической проблемой в настоящее время является природа долей в праве общей долевой собственности. Как отмечает М.Ю. Козлова: *законодатель не дает четкого ответа на вопрос о том, что такое доля, поскольку из норм ГК РФ следует, что доля может относиться как к праву, так и к имуществу*⁴. В свою очередь, Постановление Конституционного Суда РФ № 5-П (дата выдачи – 13.03.2008) по этому поводу гласит: *в Гражданском кодексе Российской Федерации под долей понимается не доля в имуществе, а доля в праве общей долевой собственности*⁵. Однако, данный вопрос является очень дискуссионным и требует изучения в отдельной работе.

В практическом плане право общей долевой собственности также включает в себе неразрешенные до настоящего времени проблемы и вопросы.

2.1 Защита прав участников общей долевой собственности

Одним из таких вопросов является механизм защиты прав участников общей долевой собственности. Право собственности представляет собой абсолютное право, которое должно охраняться от любого вмешательства извне. Только по решению суда собственник может быть лишен своего права. Если человек имеет в собственности

2 Е.С. Корчагина, *Распоряжение имуществом, принадлежащим лицу на праве общей собственности*, Вестник РУДН. Сер. Юрид. науки. 5/ 2007, С. 155.

3 Г.Ф. Шершеневич, *Учебник русского гражданского права*, Москва 1995, С. 214.

4 М.Ю. Козлова, *О неопределенности норм Гражданского кодекса Российской Федерации о праве общей собственности*, Гражданское право 5/2012, С. 39.

5 СЗ РФ 2008. № 12, Ст. 1183.

какую-либо вещь, несет бремя её содержания, он всегда будет расценивать вмешательство других людей в сферу своего владения как посягательство на свои естественные и неотделимые права. Не является исключением и право общей долевой собственности. При этом оно обладает одной очень важной особенностью, касающейся тех субъектов, от которых приходится защищаться сособственникам. Традиционно право собственности защищается от посягательств третьих лиц, а вот в праве общей долевой собственности требуется и защита участников этого самого права друг от друга. Особенно неприемлемо, что между участниками общей собственности происходят конфликты, ведь сособственники, наоборот, должны объединять свои усилия, чтобы противостоять угрозам посягательства извне.

Если говорить о защите прав сособственников от посягательств со стороны друг друга, то можно сделать вывод о том, что виндикационный иск здесь не применим, как и любой другой вещно-правовой иск, так как данная конструкция противоречит пониманию права общей долевой собственности, которое по своей природе едино как любое право собственности, то есть сособственники являются субъектом одного и того же права и не могут стать беститульными владельцами по отношению друг к другу. Хотя и существует противоположная точка зрения, указывающая, что иски к другим сособственникам вытекают не из права собственности как права вещного и абсолютного, а из правоотношения, имеющего *тип обязательственной связи*⁶, которое существует между сособственниками. Однако Постановление Президиума ВАС РФ № 5910/11 (дата выдачи – 25.10.2011) идет по пути непризнания договорных связей между сособственниками, при этом указывая на особый характер правоотношений, существующих между участниками общей долевой собственности⁷.

Механизм защиты прав сособственников друг от друга, исходя из положений части первой Гражданского кодекса РФ⁸, может включать такие средства как иски о выделе доли из общего имущества, о разделе общего имущества, о переводе на себя прав покупателя отчуждаемой доли при нарушении права преимущественной покупки. Также отмечается, что:

участникам общей долевой собственности предоставлено право на обращение в суд с требованием определения порядка владения и пользования объектом права, а также с требованием о компенсации, соразмерной доли в праве, при невозможности предоставления указанных правомочий⁹.

6 К. Скловский, *Собственность в гражданском праве*, Москва 2010, С. 261.

7 Вестник ВАС РФ. 2012 № 2.

8 СЗ РФ 1994. № 32, Ст. 3301.

9 Е.С. Корчагина, *Распоряжение имуществом...*, С. 157.

Как представляется, при определении порядка владения и пользования не всегда возможно соответствие так называемых реальных и идеальных долей в имуществе. Поэтому, в том случае, если реальная доля в имуществе, порядок пользования которой определен судом, меньше идеальной, собственник, владеющий данной долей, вправе потребовать, чтобы иные участники долевой собственности, в фактическом владении и пользовании которых находится недостающая часть идеальной доли, выплатили денежную компенсацию. Данный тезис подтверждается нормами ГК РФ (ст. 247).

Теперь перейдем к вопросу защиты права общей долевой собственности от третьих лиц.

Защита прав собственников от третьих лиц может потребоваться в том случае, если вещь отчуждена неуправомоченным на это участником общей долевой собственности. В таком случае можно говорить, что приобретатель такой вещи безосновательно владеет ею а, следовательно, собственник, права которого нарушены, может потребовать отобрание вещи у беститульного владельца и возврата её во владение всех субъектов права общей долевой собственности. Но ведь среди этих субъектов находится и собственник, который распорядился общей вещью без учета права преимущественной покупки остальных собственников с нарушением положения об осуществлении правомочий с согласия всех участников. А.В. Егоров предлагает следующий вариант разрешения данной проблемы:

вещь должна возвращаться истцу, заявившему соответствующий иск (...) истец, выигравший дело и отобравший вещь у приобретателя, вправе ее удерживать до тех пор, пока по новому соглашению всех собственников или в судебном порядке не будет установлено вновь, у кого во владении будет находиться общая вещь¹⁰.

Представляется, что решение данной проблемы указанным способом позволяет в достаточной мере учесть интересы собственников, которые пострадали от недобросовестных действий другого собственника.

В том случае, если отчуждателем выступает третье лицо, во владении которого оказалась вещь и которого собственники не управомочивали на распоряжение данной вещью от их имени, то проблема также разрешается путем предъявления виндикационного иска. На наш взгляд, такой иск могут подать как все собственники, так и один из них при согласии всех остальных.

10 А.В. Егоров, *Общая долевая собственность: механизм защиты прав собственников*, Вестник гражданского права 4/2012, С. 32.

2.2 Виндикация доли в праве

Хотелось бы отметить, что по вопросу применения норм ГК РФ о виндикационном иске в рамках права общей долевой собственности судебная практика идет по двум направлениям.

С одной стороны, суды придерживались мнения, что виндикация доли в праве невозможна. Так, в определении Высшего Арбитражного Суда РФ от 15.10.2008 № 13265/08¹¹ указывается, что предметом виндикационного иска может быть только индивидуально-определенное имущество, а доля в праве общей собственности на это имущество не может быть предметом истребования из чужого незаконного владения. Кроме того, суд ссылается на пункт 1 статьи 246 и пункт 1 статьи 247 ГК РФ, в которых предусмотрено, что владение, пользование и распоряжение имуществом, находящимся в долевой собственности, осуществляется по соглашению всех ее участников, а так как остальные участники законность владения приобретателя не оспаривают и не давали согласие на истребование данного имущества, то и о виндикации самой вещи тут речи быть не может.

Однако 29 апреля 2010 г. вышло совместное Постановление Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 09.02.2010 № 10/22 О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав¹², в пункте 42 которого указывается, что при рассмотрении требования о возврате доли по аналогии закона подлежат применению статьи 301, 302 ГК РФ. Вскоре, после выхода этого постановления, суды стали выносить решения о присуждении утраченной доли. Постановление Президиума ВАС РФ от 09.02.2010 № 13944/09 указывает, что:

поскольку законодательство допускает такой вид имущества, как доля в праве собственности на неделимую вещь, при нарушении права на данный вид имущества его обладателю должна быть обеспечена защита¹³.

Концепция развития гражданского законодательства о вещном праве, предложенная в 2009 году Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, также указывала на необходимость закрепления в законе возможности обладания сособственником перед третьими лицами всеми правами собственника. Кроме того, в ней говорилось и о том, что:

сособственник вправе предъявлять без согласия иных сособственников иски о защите права собственности, в том числе в случаях, когда тревожится вла-

¹¹ Определение Высшего Арбитражного Суда РФ. СПС КонсультантПлюс.

¹² Вестник ВАС РФ 2010. № 6.

¹³ Вестник ВАС РФ 2010. № 5.

дение и пользование тех частей вещи, которые в силу соглашения участников общей собственности находятся во владении и пользовании других сособственников¹⁴.

На наш взгляд, данная позиция выглядит достаточно убедительной, так как в том случае, если сособственник лишается доли в праве общей долевой собственности, то он автоматически лишается и права на конкретную часть имущества, соответствующую доле. Кроме того, аргументом в пользу виндикации доли в праве может послужить и тот факт, что если законодательно в РФ разрешена долевая собственность, то её участникам должны быть предоставлены те механизмы защиты, которые могут быть использованы единоличными собственниками вещи, так как это будет способствовать универсальному применению гражданского законодательства. Следовательно, невозможность использования виндикационного иска привела бы к тому, что участники долевой собственности остались бы в ущемленном положении по сравнению с теми собственниками, которые владеют вещью единолично.

2.3 Возможность применения института недействительности сделок для защиты прав участников долевой собственности

Говоря о механизме защиты прав участников общей долевой собственности, невозможно обойти вопрос о применении к данному институту норм о недействительности сделок. Как известно, ст. 246 ГК РФ гласит о том, что распоряжение всем имуществом, находящимся в общей долевой собственности осуществляется только по согласию всех сособственников. Таким образом, в случае, если какой-либо сособственник распорядился всей вещью без ведома других участников общей собственности, они могут защищать свои права с помощью виндикационного иска, как было сказано выше. А может ли пострадавшая сторона восстановить своё право с помощью иска о недействительности сделки? Для ответа на данный вопрос нам нужно обратиться к действующим нормам о недействительности сделок, закрепленным в ГК РФ.

Так, статья 168 ГК закрепляет правило, согласно которому сделка может быть признана недействительной, если она противоречит закону или иным нормативно-правовым актам. Казалось бы, под данную формулировку можно подвести и тот случай, когда один из сособственников без согласия других сособственников распорядился вещью. Но, исходя из смысла института недействительности сделок, заявить о ней может только сторона по сделке. Однако пострадавший сособственник таковой не является. Поэтому, на наш взгляд, в данном случае говорить о таком механизме защиты не приходится.

¹⁴ Концепция развития законодательства о вещном праве (проект), рекомендован Президиумом Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства (протокол № 3 от 18.03.2009), Вестник ВАС РФ 2009. № 4, С. 88–185.

Невозможно, в том случае, если сособственник нарушил право других участников общей долевой собственности на преимущественную покупку его доли, говорить и применении к данным отношениям ст. 174 ГК РФ. Как известно, данная статья закрепляет положение о превышении лицом полномочий, установленных договором или учредительными документами. Но требование о преимущественном праве законодательно закреплено в ст. 250 ГК РФ, следовательно, к таким отношениям целесообразнее было бы применить статью 168 ГК РФ. Однако из вышеуказанного следует, что пострадавший сособственник таким механизмом защиты воспользоваться не сможет.

Подводя итог рассмотрению вопроса о защите права общей долевой собственности средствами, предложенными институтом недействительности сделок, можно сделать вывод о том, что для таковых отношений он не подходит в силу специфики субъектного состава.

Резюмируя вышесказанное, хотелось бы отметить, что институт защиты права общей долевой собственности должен развиваться. Для устранения существующих до сих пор противоречий требуется закрепление основных способов её защиты в гражданском законодательстве, как это и предложено было сделать в вышеназванной Концепции. Ведь право общей собственности, равно как и право собственности в целом, священно. И этот ореол святости формировался не одно десятилетие и даже не один век. Предпосылки для признания права собственности священным, безусловно, имеются: данное право обладает абсолютным характером защиты, то есть оно неприкосновенно. Хотя в современных конституциях и нет упоминаний о священности данного права, в любой из них оно закреплено в одном ряду с такими неотъемлемыми правами как, например, право на жизнь. И правоприменителю, и законодателю надлежит использовать все имеющиеся у них в арсенале правовые средства, чтобы сособственники без опаски принимали на себя всё то бремя и те риски, которые неразрывно связаны с любым правом собственности.

Биографическая аннотация:

Екатерина Карась – Иркутский государственный университет, Юридический институт. Научные интересы: проблемные вопросы института права собственности, долевое строительство многоквартирных домов, договор лизинга и др.

SUMMARY

The protection of the right to property in co-ownership

The aim of the study is to evaluate the form of co-ownership in the civil law of the Russian Federation. The author present the concept of sharing property right and the problems related to with a special emphasis on the protection of the right to property, vindication and invalidity of transactions.

KEYWORDS: co-ownership, property right, civil law

КСЕНИЯ РЫСКИНА

Вещно-правовые способы защиты права собственности в Российской Федерации

1. Введение

Признание и защита права собственности в Российской Федерации проистекают из положений Конституции Российской Федерации¹, принятой всенародным голосованием 12 декабря 1993 года. В соответствии со статьей 8 Конституции в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. Общие и абстрактные нормы статьи 8 конкретизирует статья 35 Конституции, из положений которой следует, что право частной собственности охраняется законом, и каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами.

В настоящее время развитое правовое государство немислимо без признания и защиты института права собственности. Однако в истории России так было не всегда. После Октябрьской революции 1917 года были разрушены привычные представления о собственности, и их возвращение стало возможным лишь после распада Советского Союза.

В настоящее время Российская Федерация переживает стадию тотального реформирования законодательства, обусловленную рядом объективных причин, среди которых, в частности, переход российского общества к рыночной экономике, развитие гражданского оборота и гражданских правоотношений. Все перечисленное порождает необходимость в детальном урегулировании не только общих положений, связанных с правом собственности, но и конкретных способов его защиты.

Необходимо заметить, что право собственности охраняется нормами различных отраслей права, в том числе и гражданско-правовыми средствами, которые, в свою оче-

¹ Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993 года, Собрание законодательства Российской Федерации. 26.01.2009 №4, Ст. 445.

редь, можно поделить на вещно-правовые и обязательственно-правовые. Если вещно-правовые средства направлены на защиту права собственности, восстановление и устранение препятствий в осуществлении владения, пользования и распоряжения вещью, а также ликвидацию споров относительно принадлежности права собственности, обязательственно-правовые средства опосредованно защищают вещные права и доступны субъектам вещных прав, когда их притязания основаны не на вещном праве, а на ином субъективном праве².

Поскольку избранной темой являются именно вещно-правовые способы защиты права собственности, следует отметить, что существуют различные подходы к пониманию конкретных способов. Для более полного анализа вещно-правовых способов защиты права собственности в Российской Федерации мной выбран более широкий подход, включающий следующий перечень указанных способов:

- иск об истребовании имущества из чужого незаконного владения (виндикационный иск);
- иск о защите права собственности от нарушений, не связанных с лишением владения (негаторный иск);
- иск о защите прав владельца, не являющегося собственником;
- иск о признании права собственности или иного вещного права;
- иск о защите сервитута.

Далее будет подробнее рассмотрен каждый из указанных способов.

2. Иск об истребовании имущества из чужого незаконного владения

В соответствии со статьей 301 Гражданского кодекса Российской Федерации³ собственник вправе истребовать свое имущество из чужого незаконного владения. Положения статьи 305 Гражданского кодекса распространяют действие норм, касающихся защиты прав собственника, и на иных законных (титულных) владельцев.

Иск утратившего фактическое владение собственника об истребовании в натуре принадлежащего ему имущества от неправомерно владеющего несобственника традиционно именуется виндикационным иском, виндикацией, что является следствием отождествления указанного иска с иском римского права (*vindicatio*)⁴. Исторически виндикационный иск носил процессуальное наименование (*rei vindicatio*), регламен-

2 А.Д. Рудоквас, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право в 3 т. Т. I, 7-е изд.*, Москва 2009, С. 550.

3 Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30 ноября 1994 года №51-ФЗ, Собрание законодательства Российской Федерации. 05.12.1994 №32, Ст. 3301.

4 А.Д. Рудоквас, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право...*, С. 551.

тированное правом поведения собственника по розыску и возвращению своей вещи, однако параллельно развивалось и материально-правовое понятие виндикации как требование невладеющего собственника к владеющему несобственнику о возврате ему вещи (*restituere rem*)⁵.

Итак, таким образом, истцом в данном случае является собственник или иной законный владелец; ответчиком – незаконный владелец, на момент предъявления требования фактически владеющий вещью; объектом виндикации может быть только индивидуально-определенная вещь, сохранившаяся в натуре.

Необходимо отметить, что виндикационный иск может быть удовлетворен при наличии следующих условий:

- если истец сможет доказать тождество истребуемой вещи и вещи, ранее утраченной им;
- если вещь сохранилась в натуре;
- если имущество фактически выбыло из владения собственника.

В ряде случаев виндицируемое имущество истребовано быть не может:

- в случае если истребуются деньги, а также ценные бумаги на предъявителя от добросовестного приобретателя в силу прямого указания закона (пункт 3 статьи 302 Гражданского кодекса Российской Федерации);
- в случае, если добросовестный приобретатель возмездно приобрел истребуемую вещь, выбывшую ранее из владения по воле собственника.

Таким образом, подводя итоги вышесказанному, можно выделить ряд случаев, при которых имущество может быть истребовано по виндикационному иску:

- у недобросовестного приобретателя;
- у добросовестного приобретателя в случае, если он безвозмездно получил вещь, выбывшую ранее из владения помимо воли собственника;
- в любом случае у приобретателя, получившего имущество безвозмездно, если такое имущество было получено от лица, не имеющего права на его отчуждение.

3. Иск об устранении нарушений, не связанных с лишением владения (негаторный иск)

В соответствии со статьей 304 Гражданского кодекса Российской Федерации собственник может требовать устранения всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения и не были соединены с лишением владения. Таким образом, негаторный иск – это иск об устранении нарушений, не связанных с лишением владения, который предъявляется собственником в ситуации, когда он не лишен владения принадлежащим ему инди-

⁵ И.Б. Новицкий, И.С. Перетерский, ред., *Римское частное право, учебник*, Москва 2006, С. 161.

видуально-определенным имуществом, но его владение нарушается третьим лицом, в той или иной мере препятствующим собственнику в пользовании или распоряжении данной вещью⁶. Данный иск также отождествляется с одноименным иском римского права (*actio negatoria*)⁷.

В римском праве негаторный (отрицательный) иск принадлежал владеющему собственнику и был направлен против всяких серьезных и реальных посягательств на его собственность в виде присвоения права сервитутного или сходного пользования, собственник отрицал за ответчиком подобное право⁸.

Особо следует отметить, что в настоящее время законодательно установлено, что на подобное требование исковая давность не распространяется, что закреплено в статье 208 Гражданского кодекса Российской Федерации. Истцом в данном случае может выступать собственник или иной законный (титульный) владелец; ответчиком – лицо, незаконно нарушающее право собственности истца; а объектом негаторного иска является устранение соответствующего нарушения.

4. Иск о защите прав владельца, не являющегося собственником

Как было отмечено ранее, в соответствии с положениями статьи 305 Гражданского кодекса Российской Федерации правом на предъявление виндикационного и негаторного иска обладают также лица, хотя и не являющиеся собственниками, но управомоченные на владение в силу обладания иным вещным правом, либо по другому основанию, предусмотренному законом или договором⁹.

Поскольку юридическое основание, дающее лицу правомочие на владение вещью, называется титулом владения, само правомерное владение не собственника называется титульным владением, о чем также говорилось ранее¹⁰.

Необходимо отметить, что в науке существует несколько точек зрения относительно природы исков о защите прав владельца, не являющегося собственником. Ранее, анализируя виндикационные и негаторные иски и говоря о фигуре истца, я говорила и о титульных владельцах, однако существует точка зрения, согласно которой иски титульных владельцев о защите права собственности следует определить в отдельную группу.

6 А.Д. Рудоквас, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право...*, С. 558.

7 А.Д. Рудоквас, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право...*, С. 558.

8 И.Б. Новицкий, И.С. Перетерский, ред., *Римское частное право...*, С. 164.

9 А.Д. Рудоквас, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право...*, С. 560.

10 А.Д. Рудоквас, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право...*, С. 560.

5. Иск о признании права собственности или иного вещного права

Статья 12 Гражданского кодекса Российской Федерации содержит перечень способов защиты гражданских прав. Таким образом, законодатель закрепил возможность защиты гражданских прав также путем признания права. Тем не менее, глава 20 Гражданского кодекса, посвященная защите права собственности, не содержит упоминаний о таком способе защиты вещных прав, как иск о признании, что объясняется спецификой иска о признании, поскольку предметом такого иска является только констатация факта принадлежности права другому лицу¹¹. Истцом в данном случае будет являться собственник или титульный владелец; ответчиком – лицо, не связанное с истцом какими-либо относительными правоотношениями, не признающее или отрицающее за истцом право на имущество.

6. Иск о защите сервитута

Пункт 1 статьи 216 *Вещные права лиц, не являющихся собственниками* Гражданского кодекса Российской Федерации указывает, что вещным правами наряду с правом собственности также являются и сервитуты. Пункт 4 той же статьи гласит, что вещные права лица, не являющегося собственником, защищаются от их нарушения любым лицом в порядке, предусмотренном статьей 305 Гражданского кодекса Российской Федерации.

При обращении к тексту указанной статьи можно сделать вывод о том, что законом гарантирована защита прав лица, хотя и не являющегося собственником, но владеющего имуществом на основании закона или договора. Однако в цивилистической доктрине субъект сервитута считается имеющим правомочие ограниченного пользования, но не владения, а потому в римском праве для предоставления субъекту сервитута защиты пришлось прибегнуть к конструкции *как бы владения правом (juris quasi possessio)*, когда под объектом владения понимаются не вещи, а право как *бестелесная вещь*¹².

Исходя из этого, в современной науке существует несколько точек зрения относительно указанной проблемы. Существует традиционная точка зрения, согласно которой сервитут предоставляет лицу не право владения, а право ограниченного пользования; и точка зрения, согласно которой, поскольку в силу природы сервитута фактическим владельцем субъекта назвать нельзя, необходимо говорить о юридической фикции признания его владельцем в целях защиты его прав в порядке статьи 305 Гражданского кодекса Российской Федерации.

11 А.Д. Рудоквас, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право...*, С. 563.

12 А.Д. Рудоквас, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право...*, С. 565.

7. Заключение

Необходимо заметить, что чрезвычайно важно не только признание права собственности, но и законодательное закрепление различных способов его защиты, отвечающих требованиям современного стремительно развивающегося гражданского оборота. Избрание наиболее широкого подхода к пониманию вещно-правовых способов защиты права собственности в Российской Федерации позволяет выявить ряд особенностей.

Прежде всего, следует обратить внимание на обилие различных точек зрения относительно правовой природы тех или иных способов защиты права собственности. Помимо этого, необходимо отметить, что так же, как право собственности является древнейшим и важнейшим правом, так и способы его защиты насчитывают многовековую историю. Так, к примеру, знакомые современным правовым системам виндикационные и негаторные иски берут свое начало из римского права.

Биографическая аннотация:

Ксения Рыскина – Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет. Научные интересы: гражданское право, предпринимательское право, банкротство.

SUMMARY

Property rights protection system in the Russian Federation

The aim of the study is to evaluate the property rights protection system in the civil law system of the Russian Federation. The author present the law instruments that owner and possessor are entitled to.

KEYWORDS: protection of property rights, owner, possessor, civil law

КРИСТИНА СЕМЕНОВИЧ

Проблемы уголовно-правовой ответственности за незаконное потребление электрической энергии

Нелегальное энергопотребление как со стороны бытовых потребителей, так и властных публичных субъектов, является одной из предпосылок, замедляющей развитие человечества, увеличение общемирового благосостояния, повышения уровня жизни каждого индивида. Эффективному противодействию препятствует отсутствие единообразия в общемировой практике при квалификации подобного рода преступных посягательств. Что во многом вызвано хоть и устоявшимися, и привычными, но все же глобально устаревшими взглядами на предмет хищения исключительно как на материальный объект. Согласование единой межгосударственной политики в борьбе с правонарушениями в области незаконного энергопотребления является необходимым условием дальнейшего общественного прогресса.

1. Ответственность, предусмотренная российским законодателем, в области нелегального энергопотребления

Сегодня земной шар опутан нефтепроводами, газопроводами, линиями электропередач как кружевом, по которому в бесконечном потоке стремится энергия, словно Прометей, дарующая людям свет, тепло, воду, приводящая в движение заводы, поезда, самолеты и многое другое, без чего современная человеческая жизнь представляется немислимой. Научно-технический прогресс, возобладавший над человечеством в середине двадцатого столетия, диктует постоянный рост потребления энергии. Общее годовое потребление источников энергии в мире находится на уровне 14 миллиардов тонн в пересчете на условное топливо¹. Очевидно, что энергопотребление является

¹ Данные приведены в соответствии с Распоряжением Правительства РФ от 2008-11-17 № 1662-р О Концепции долгосрочного социально-экономического развития Российской

одним из ключевых вопросов развития цивилизации, однако с ростом потребления увеличивается и размах незаконных посягательств в этой области.

Несмотря на то, что за нарушение установленных правил потребления энергии установлены гражданско-правовая, административная и уголовная ответственности, ущерб от действий *энергосборов* в масштабах Российской Федерации, являющейся мировым лидером по добыче источников и выработке энергии, исчисляется миллиардами рублей. И такое нелегальное потребление наносит во многом ни с чем несоизмеримый ущерб как российской экономике, так и мировому сообществу в целом.

Российское гражданское законодательство предусматривает штрафные, компенсационные меры, а также меры оперативного воздействия, выражающиеся в ограничении либо полном прекращении подачи энергии потребителям, нарушившим правила их потребления. Например, в соответствии с утвержденным Постановлением Правительства №1 от 05.01.1998

Порядком прекращения или ограничения подачи электрической энергии и газа организациям-потребителям при неоплате поданных им (использованных ими) топливно-энергетических ресурсов, при задержке платежей сверх установленных сроков,

энергоснабжающая организация вправе ввести ограничение подачи энергии до уровня аварийной брони, то есть обеспечить нарушителю лишь минимальный расход энергии, необходимый для поддержания предприятием безопасного для персонала и окружающей среды состояния с полностью остановленным технологическим процессом. Если же по истечении пяти дней с момента введения такого ограничения потребителем не будет погашена образовавшаяся задолженность, то энергоснабжающая организация вправе полностью прекратить подачу энергии².

*Гражданско-правовая ответственность состоит в основном в исполнении (правда, принудительном) правонарушителем ранее не исполненной добровольно возникшей у него обязанности*³. При совершении действий, выходящих за рамки неисполнения договорных обязательств, правонарушитель подлежит привлечению к административной или уголовной ответственности.

Российским Кодексом об Административных правонарушениях⁴ (Code of Administrative Offences of the Russian Federation) № 195-ФЗ от 30.12.2001 статьей 7.19

Федерации на период до 2020 года / Собрание законодательства РФ. 2008-11-24, № 47, Ст. 5489.

2 Собрание законодательства РФ. 1998-01-12 № 2, Ст. 262.

3 С.Н. Братусь, *Юридическая ответственность и законность (очерк теории)*, Москва 2001, С. 6.

4 Собрание законодательства РФ. 2002-01-07 № 1 (ч. 1), Ст. 1.

предусмотрена ответственность за самовольное подключение и использование электрической, тепловой энергии, нефти или газа. Гипотеза статьи весьма пластична, что позволяет правоприменителю прибегать к ней в любом удобном случае, но предусмотренная ею санкция, выражающаяся в незначительных денежных взысканиях, не позволяет административной ответственности служить эффективным методом борьбы с распространившимися в РФ незаконными посягательствами.

Так, в Приморском крае ежемесячные потери ОАО *Дальэнерго* от нелегального потребления электроэнергии составляют 30 миллионов рублей.

В Москве и Подмоскowie убытки измеряются уже десятками миллионов долларов. В Ульяновской области ситуация просто катастрофическая – незаконно потребляется до 30 процентов всей вырабатываемой электроэнергии⁵.

Противоправные действия при потреблении энергии стали в России одними из наиболее распространенных, массовых социальных явлений. Но уголовные дела, значительная часть которых прекращается по различным основаниям на стадии предварительного расследования, возбуждаются лишь в 40% случаев.

Для правоохранительных органов характерно отсутствие единого мнения в вопросах квалификации преступных посягательств, направленных на отдельные виды источников энергии, из чего вытекают и значительные процессуальные сложности, свойственные для данной категории дел.

1.1 Квалификация преступных посягательств в области энергопотребления

Уголовным кодексом РФ⁶ (Criminal Code of the Russian Federation) № 63-ФЗ от 13.06.1996 предусмотрена повышенная уголовная ответственность за кражу, совершенную из хранилища, к которому в российском законодательстве приравниваются, в том числе, нефтепроводы, нефтепродуктопроводы, газопроводы. Это предопределено тем, что нефть, газ и продукты их переработки отнесены российским законодателем к имуществу, способному выступать в качестве предмета хищения. По данным местного Иркутского издания *Сибирский энергетик* в Иркутской области за 4 года и 9 месяцев было выявлено 227 посягательств на магистральные трубопроводы. Только за первые шесть месяцев 2012 года – 11 из 130 врезок, зафиксированных по системе оператора магистральных трубопроводов *Транснефти*⁷.

5 О. Владимирова, Электроэнергия бесплатной не бывает [online]. Аргументы и факты – Семья газет для всей семьи [Доступ: 2013-10-28]. Доступны на: <http://gazeta.aif.ru/_/online/nordwest/1325/62>.

6 Собрание законодательства РФ. 1996-06-17 № 25, Ст. 2954.

7 М. Никушеева, *Нефтяная лихорадка*, Сибирский энергетик 10/2012, С.10.

Теоретически кража тепловой энергии, транспортируемой по трубопроводам, тоже влечет за собой повышенную уголовную ответственность, но подобные хищения на практике встречаются редко.

Значительный ущерб рынку энергетических ресурсов наносит, будучи практически безнаказанным, незаконное потребление электрической энергии. Нелегальное потребление электрической энергии на денежную сумму в размере, который не признается крупным для целей уголовного законодательства, то есть до 250 тысяч рублей, влечет за собой привлечение нарушителя к административной ответственности. Однако административную ответственность, как уже упоминалось ранее, в силу предусмотренных незначительных денежных санкций, нельзя признать эффективным инструментом противодействия нарушениям в области потребления электрической энергии. Правоохранительные органы в попытках привлечь нарушителей к уголовной ответственности наталкиваются на неосторожно созданные законодателем препятствия, не позволяющие квалифицировать соответствующие деяния, как хищение электроэнергии. Эти препятствия вытекают из устаревших воззрений на предмет хищения. Классическая концепция *вещественной собственности*, которой следует российский законодатель, предлагает рассматривать предмет хищения с трех сторон: экономической, юридической и физической.

С экономической стороны предметом хищения могут быть только такие предметы, которые обладают экономическим свойством стоимости.

С юридической же стороны имущество как предмет хищения должно быть: а) объектом вещного права, б) не изъятым из свободного гражданского оборота, и в) чужим для виновного.

Со стороны физической имущество как предмет хищения должно быть вещественным (телесным) предметом материального, внешнего по отношению к человеку мира, доступным благодаря своей материальной субстанции чувственному восприятию⁸.

Если при характеристике предмета преступного посягательства не возникает необходимой совокупности признаков, то и предметом хищения с точки зрения закона он быть не может. Российский законодатель опускает тот факт, что в экономическом обороте и собственности сегодня находятся как материальные субстанции, так и нематериальные ценности, например, обширная информация экономического характера, имеющая стоимостные показатели. А энергия – это не право и не вещь. Это самостоятельный объект правового регулирования, представляющий, с фундаментальной

8 А.И. Бойцов, *Преступления против собственности*, Санкт Петербург: Юрид. центр Пресс 2002, С.193.

точки зрения *интеграл движения (то есть сохраняющаяся при движении величину)*⁹. Являющийся весьма востребованным предметом преступных посягательств. По данным филиала ОАО МРСК Северо-Запада АРХЭНЕРГО только за 5 месяцев 2013 года специалистами сетевой компании составлено 469 актов нелегального потребления электроэнергии на 4 миллиона 452 тысячи кВт-ч, которых хватило бы на месяц электроснабжения города, с населением около 20 тысяч человек¹⁰.

На прилавках российских книжных магазинов можно найти пособия для лиц, желающих бесплатно потреблять электричество. Предлагается более ста способов *похитить* электричество: от набрасывания шнуров на линии электропередач, до *усовершенствования* приборов учета, предполагающих их автоматическое отключение.

Многие граждане пока еще живут по принципу: *Государство богатое, не обеднеет*. А поскольку электричество - это субстанция, можно и украсть. У них это воровством не считается¹¹.

Незаконное потребление электроэнергии лишь в размерах, превышающих 250 тысяч рублей, квалифицируется по статье 165 Уголовного кодекса РФ (Criminal Code of the Russian Federation), как причинение имущественного ущерба собственнику или иному владельцу имущества путем обмана или злоупотребления доверием. Такие категории как обман или злоупотребление доверием применительно к незаконному потреблению электрической энергии рассматриваются в процессе квалификации предельно широко. Преступление, квалифицируемое по статье 165 предполагает, что виновный обогащается за счет неправомерного удержания у себя того имущества, которое должно было бы поступить в собственность или владение потерпевшего и тем самым пополнить его имущественный фонд. Однако об обмане сетевой организации при незаконном потреблении электроэнергии можно говорить лишь условно.

1.2 Энергетический ресурс

Во многом непреодолимые препятствия при привлечении к ответственности за бесконечно совершаемые правонарушения в области потребления электроэнергии вызваны не только не отвечающим современным социальным потребностям традиционным представлением о предмете хищения как об исключительно материальном объекте, но и законодательно необоснованным отказом от признания для целей уголовного за-

9 А.М. Прохоров, *Большой энциклопедический словарь*, Москва 1999, С. 1406.

10 А. Васенин, За пять месяцев в зоне ответственности «Архэнерго» выявлено около 470 фактов хищения электроэнергии [online]. ОАО „МРСК” „Северо-запада Архэнерго” [Доступ: 2013-10-28]. Доступны на: <www.arhen.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=7583&Itemid=3>.

11 О.Г. Бершадский, *О некоторых превентивных мерах минимизации незаконного потребления электроэнергии в современной России*, Юридический мир 3/ 2010, С.14.

конодательства электричества энергетическим ресурсом. Между тем, Федеральным Законом №261-ФЗ от 23.11.2009 Об энергосбережении и о повышении энергетической эффективности, не только носитель энергии, такой как нефть, газ или уголь, энергия которого используется или может быть использована при осуществлении хозяйственной и иной деятельности, но и сама энергия: атомная, тепловая, электрическая, электромагнитная, признается энергетическим ресурсом¹².

Приведение уголовного законодательства в соответствие с нормами указанного акта позволило бы избежать значительных процессуальных затруднений. Но препятствует изменениям, видимо, многолетняя устоявшаяся уголовно-правовая политика: в отечественной истории лишь в Уголовном Кодексе от 22.11.1926¹³ статьей 163 специально предусматривалась ответственность за кражу электрической энергии. Уголовный Кодекс от 27.10.1960¹⁴, предшествующий ныне действующему кодексу, подобной нормы уже не содержал. Отказываясь от наличия в уголовном арсенале нормы, предусматривающей ответственность за действительную кражу электрической энергии, как материального объекта – энергетического ресурса, законодатель тем самым искусственно подводит случаи ее незаконного потребления под квалификацию в качестве причинения имущественного ущерба путем обмана или злоупотребления доверием.

2. Различные подходы иностранных законодателей к квалификации нелегального потребления электрической энергии

В ряде государств энергия давно относится к предмету имущественных посягательств. Например, законодательством некоторых штатов США установлена уголовная ответственность за кражу газа, электричества, пара и воды, причем не специальными законоположениями, а в рамках общей нормы об ответственности за хищение имущества. Уголовное законодательство Нидерландов приравнивает электричество к объектам права собственности, и если обвиняемый присоединится к электрической сети, не оплачивая эту услугу, то он может быть признан виновным в совершении кражи. В Румынии к движимым вещам и, соответственно, к предмету кражи относится любая энергия, имеющая экономическую ценность. Анализ 278 ст. Уголовного кодекса Польской республики, предопределяет вывод о том, что электрическая энергия в Польше признается предметом хищения.

12 Собрание законодательства РФ. 2009-11-30 № 48, Ст. 5711.

13 Постановление Всероссийского Центрального Исполнительного Комитета от 1926-11-22 О введении в действие Уголовного Кодекса РС.Ф.С.Р. редакции 1926.

14 Свод законов РСФСР. Т. 8, С. 497.

Однако есть и группа государств (Испания, Австрия, Швейцария, Латвия, Куба), где энергия не признается предметом хищения (в смысле вещи, обладающей материальным признаком) и уголовным законодательством предусматривается самостоятельная ответственность за незаконное использование энергии. Так, в уголовном праве Великобритании электричество не считается собственностью, и, соответственно, его нельзя похитить. Использование электричества без надлежащего разрешения выделено в самостоятельную норму и наказывается в соответствии с параграфом 13 Акта о краже.

Отсутствие единообразия законодательного урегулирования юридической ответственности за подобные правонарушения в мировой практике подтверждает наличие до сих пор неразрешимых проблем в понимании природы предмета хищения. Вред от действий *энерговоров* наносится не только сетевым и сбытовым компаниям, но и бытовым потребителям, вынужденным впоследствии оплачивать из своего кармана возникшие необоснованные коммерческие потери. Сложившаяся ситуация, в условиях стремительно сокращающихся запасов энергетических ресурсов, требует немедленного разрешения и активной борьбы с возникающей проблемой.

3. Предпочтительные для российского законодательства меры противодействия нелегальному потреблению электрической энергии

Для России первостепенной задачей является гармонизация ныне действующего законодательства. При нелегальном потреблении электроэнергии, имущество, передаваемое потребителю, переходит в фактическое господство правонарушителя, который владеет, пользуется и распоряжается им как своим собственным. Признание электрической энергии для российского уголовного законодательства энергетическим ресурсом, а значит и материальным объектом, вписывающимся в традиционную концепцию *вещественной собственности* при характеристике предмета хищения, позволит квалифицировать незаконное потребление электроэнергии именно как хищение.

Право должно развиваться сообразно развитию общества. В перспективе, для повышения эффективности мер уголовной ответственности, не только в России, но и в других государствах, где доминируют устаревшие представления о предмете хищения, не отвечающие современным социальным потребностям взгляды на предмет хищения как на исключительно материальный объект должны быть пересмотрены в целях расширения норм о хищении на нематериальные объекты права собственности.

Библиографическая аннотация:

Кристина Семенович – Санкт-Петербургский государственный университет, юридический факультет. Научные интересы: энергетическое право, предпринимательское право, гражданское право.

SUMMARY

Problems of legal responsibility for the illegal consumption of electric energy

The aim of the study is to evaluate the problem of the legal responsibility for illegal consumption of the electric energy. The author present the problem of illegal power consumption, characteristics of the criminal acts in the area of energy consumption, Russian legislative measures and the examples of approaches of the foreign lawmakers.

KEYWORDS: illegal consumption of electric energy, legal responsibility, comparative law

МАРИЯ ТИМОФЕЕВА

Проблемы вещно-правовой защиты права собственности

Право собственности является важнейшим институтом гражданского права любой правовой системы. Этот институт представляет собой совокупность правовых норм, закрепляющих принадлежность материальных благ конкретным лицам, возможность владеть, пользоваться и распоряжаться ими, а также обеспечивающих защиту правомочий собственников в случае их нарушения.

Как известно, право собственности есть абсолютное правоотношение в том смысле, что правомочиям собственника соответствует обязанность всех других субъектов не нарушать его прав. Из данного утверждения следует уязвимость права собственности, так как теоретически его может нарушить любое лицо. Такая уязвимость права собственности требует особых способов его защиты, которые могут быть направлены против любых лиц, лишаящих собственника каких-либо правомочий или препятствующих их осуществлению.

1. Гражданско-правовая защита права собственности – понятие, применяемое к случаям нарушения права собственности. Под гражданско-правовой защитой права собственности понимается совокупность предусмотренных гражданским законодательством средств, применяемых в связи с совершенными против этих прав нарушениями и направленными на восстановление или защиту имущественных интересов их обладателей¹. Указанные средства неоднородны по своей юридической природе и подразделяются на несколько относительно самостоятельных групп.

В зависимости от характера нарушения вещных прав и содержания предоставляемой защиты в гражданском праве используются различные способы, юридически обеспечивающие соблюдение интересов собственника или субъекта иного вещного права. При непосредственном нарушении права собственности или ограниченного вещного права (например, при похищении имущества) используются вещно-правовые способы защиты.

¹ А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой, ред., *Гражданское право*, в 3 т., Т. 1, Москва 2005, С. 549.

В настоящем исследовании внимание уделено некоторым проблемным аспектам вещно-правовых способов защиты права собственности. Одна часть из них решена судебной практикой, результаты чего закреплены актами высших судов. Иные проблемы стали предметом обсуждения на доктринальном уровне. Кроме того, институт вещно-правовых способов защиты права собственности и других вещных прав не обойден вниманием в процессе реформирования гражданского законодательства России. На основе Концепции развития гражданского законодательства² был разработан Проект Федерального закона № 47538-6, представленный Президенту РФ 31.01.2012 и принятый Государственной Думой РФ в первом чтении 27.04.2012 Проект Федерального закона № 47538-6 О внесении изменений в части первую, вторую, третью и четвертую ГК РФ (Гражданского кодекса Российской Федерации), а также в отдельные законодательные акты Российской Федерации³ (далее – Законопроект). Принято решение претворять в жизнь указанный Законопроект по частям: путем разработки на его основе *малых законопроектов* и последовательного их принятия. В раздел второй *Вещное право* Законопроекта была включена глава 16 *Защита вещных прав*. Включение в Законопроект новых положений ставит перед судьями, юристами-практиками и исследователями ряд вопросов, ответы на которые помогут разрешить ряд спорных моментов.

1.1 Остановимся на общей характеристике вещно-правовых способов защиты права собственности. Их особенности обусловлены абсолютным характером защищаемого права, а составляющие их притязания вытекают из права собственности, как такового. Сами эти меры направлены на защиту интересов субъектов вещных прав от непосредственного неправомерного воздействия со стороны любых третьих лиц. В связи с этим вещно-правовая защита осуществляется с помощью абсолютных исков, то есть исков, которые могут быть предъявлены к любым нарушившим вещное право лицам.

Гражданское законодательство традиционно закрепляет два классических вещно-правовых иска, предназначенных для защиты права собственности и иных вещных прав: виндикационный иск, или иск об истребовании имущества из чужого незаконного владения, и негаторный – об устранении препятствий в пользовании имуществом, не связанных с лишением владения вещью. Отметим, что вещно-правовые иски в защиту своих прав и интересов могут предъявлять не только собственники, но и субъекты иных прав на имущество – все законные (титульные) владельцы (ст. 305 Гражданского кодекса РФ, 30.11.1994⁴). Далее речь пойдет именно о защите права собственности

2 Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации: одобрена решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, Вестник ВАС РФ (Высший Арбитражный Суд Российской Федерации). 2009 № 11.

3 Проект изменений в разделы I, II, III, VI, VII Гражданского кодекса Российской Федерации, перечень основных планируемых изменений приводится по состоянию на 25.11.2010, Консультант Плюс.

4 СЗ РФ. 1994 № 32, Ст. 3301.

сти, так как автор настоящего исследования не преследует цели выявить особенности вещно-правовой защиты иных вещных прав.

Помимо виндикационного и негаторного исков право собственности может защищаться с помощью еще одного вещно-правового средства – иска о признании права собственности. Но такой распространенный способ защиты права собственности в настоящее время не помещен в главу 20 ГК РФ, посвященную непосредственно защите права собственности, что порождает его неоднозначное толкование в науке и практике. Законодательный перечень вещно-правовых способов защиты права собственности уже, чем существующий на практике. В связи с этим на доктринальном уровне сформировалось мнение о необходимости более четкого законодательного отражения классификации вещно-правовых способов защиты права собственности, в частности путем группирования всех средств защиты в одном разделе Гражданского кодекса Российской Федерации.

Согласно Концепции развития гражданского законодательства РФ серьезной структурной и содержательной доработке должен подвергнуться раздел II ГК РФ о праве собственности и других вещных правах. Упомянутый ранее Законопроект в ст. 226 предусматривает неисчерпывающий перечень способов защиты вещных прав. Согласно положениям Законопроекта защита вещных прав осуществляется способами, предусмотренными ГК РФ, в том числе путем: истребования вещи из чужого незаконного владения в соответствии со ст. ст. 227 – 229 ГК РФ (виндикационный иск); устранения нарушений вещного права, не связанных с лишением владения, в соответствии со ст. 230 ГК РФ (негаторный иск); освобождения вещи или иного объекта вещного права от ареста в соответствии со ст. 231 ГК РФ (исключение из описи); признания вещного права в соответствии со ст. 232 ГК РФ.

Оценивая положительно попытку разработчиков Законопроекта более корректно отразить систему вещно-правовых способов защиты вещных прав и расположить их в одной главе кодекса, всё же не можем согласиться с включением в перечень вещно-правовых способов такого, как исключение из описи. Объектом данного требования всегда является спорное имущество в натуре, что сближает этот иск с вещно-правовыми требованиями. Полагаем, что указанный иск должен быть отнесен к числу исков по защите вещных прав частных лиц от неправомерных действий публичной власти, которые в свою очередь выступают в качестве самостоятельного способа защиты права собственности и других вещных прав. Как верно утверждает проф. Е.А. Суханов⁵, наличие у таких органов публичной власти властных полномочий исключает возможность предъявления к ним традиционных вещно-правовых или обязательно-правовых исков в тех случаях, когда они действуют не в качестве равноправных участников имущественного оборота (ср. п. 1 ст. 124 ГК)⁶.

⁵ Е.А. Суханов, *Гражданское право*, в 4 т., Т. 1, Москва 2006, С. 440.

⁶ Е.А. Суханов, *Гражданское право...*, С. 440.

1.2 Вещно-правовые способы защиты права собственности характеризуются следующими особенностями:

- направленность непосредственно на защиту интересов субъектов наиболее полного абсолютного права – права собственности;
- отсутствие связи с какими-либо конкретными обязательствами;
- имеют целью восстановить владение, пользование и распоряжение собственника принадлежащей ему вещью, либо устранить препятствия или сомнения в осуществлении этих правомочий;
- возможность предъявления одного из вещно-правовых исков только собственником имущества и в целях защиты права собственности лишь на сохраняющуюся в натуре индивидуально-определенную вещь, которая только и может быть объектом вещного права.

1.3 Вещные права могут быть нарушены не только прямым, но и косвенным образом, вследствие нарушения, в частности, обязательственных прав. Например, в случае, когда лицо, которому собственник передал свою вещь по договору аренды, отказывается вернуть ее собственнику. Здесь речь должна идти о применении обязательственных способов защиты имущественных прав и предъявление исков, вытекающих из обязательственных правоотношений.

В отдельных случаях неизбежно возникновение ситуации, которая получила название *конкуренции исков*. Проблема конкуренции исков сводится к вопросу о том, к какой из возможных разновидностей гражданско-правовой защиты вправе прибегнуть потерпевшее от правонарушения лицо – к вещно-правовой или к обязательственной.

Судебная практика пошла по пути установления приоритета обязательственного иска над вещно-правовым. Указанный подход закреплен в п. 34 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 10, Пленума ВАС РФ № 22 от 29.04.2010 *О некоторых вопросах, возникающих в судебной практике при разрешении споров, связанных с защитой права собственности и других вещных прав*⁷, который изложен следующим образом:

Спор о возврате имущества, вытекающий из договорных отношений или отношений, связанных с применением последствий недействительности сделки, подлежит разрешению в соответствии с законодательством, регулирующим данные отношения.

Полагаем, следует согласиться с указанным подходом, так как при наличии договорных или иных обязательственных отношений между нарушителем и потерпевшим последним в защиту своих прав должны предъявляться специальные, обязательствен-

⁷ Вестник ВАС РФ. 2010 № 6.

ные, а не вещно-правовые требования потому, что между участниками спора существуют относительные отношения, которые регулируются нормами, специальными по отношению к нормам о вещных правах.

2. Далее рассмотрим некоторые проблемные аспекты отдельных вещно-правовых способов защиты права собственности, закрепленных действующим гражданским законодательством.

2.1 Традиционно виндикационный иск понимается как внедоговорное требование не владеющего вещью собственника к незаконно владеющему ею несобственнику о возврате имущества в натуре. Название рассматриваемого иска происходит от лат. *vim dicere* – объявляю о применении силы, то есть истребую вещь принудительно. Виндикационный иск применяется в случае незаконного выбытия вещи из фактического владения собственника и заключается в принудительном истребовании собственником своего имущества из чужого незаконного владения. Целью данного иска является восстановление господства над вещью или возможности осуществления правомочий по своему усмотрению, что является, исходя из анализа норм отечественного и зарубежного законодательства, сущностной чертой права собственности.

Среди обстоятельств, препятствующих виндикации, можно выделить в числе иных факторы временного характера, куда относится исковая давность. Распространение сроков исковой давности на требования по виндикационным искам вызывает определенные проблемы на практике, некоторые из которых в настоящее время не нашли своего решения на уровне высших судов.

К виндикационным требованиям применяется общий срок исковой давности – 3 года, причем в соответствии с п. 12 Информационного письма Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 13.11.2008 № 126 *Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с истребованием имущества из чужого незаконного владения*⁸ течение срока исковой давности по иску об истребовании движимого имущества из чужого незаконного владения начинается со дня обнаружения этого имущества. Статья 200 ГК РФ устанавливает следующие правила о начале течения срока исковой давности:

Течение срока исковой давности начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. Изъятия из этого правила устанавливаются настоящим Кодексом и иными законами.

Как известно, акты судебного толкования норм права не могут устанавливать новые нормы и не относятся к законодательным актам. Президиум ВАС РФ фактически в п. 12 указанного Информационного письма зафиксировал новую норму, что являет-

⁸ Вестник ВАС РФ. 2009 № 1.

ся недопустимым. В целях устранения сложившейся ситуации, полагаем, необходимо включить в Гражданский кодекс РФ норму о начале течения срока исковой давности по искам об истребовании движимых вещей из чужого незаконного владения.

При отказе в виндикации с истечением срока исковой давности неизбежно возникает вопрос о правовом положении спорного имущества. Гражданский кодекс не содержит прямого ответа на этот требующий разрешения вопрос. Традиционно делается вывод о том, что спорная вещь при отсутствии формально признанного собственника должна считаться находящейся в фактическом добросовестном владении ее приобретателя, который в свою очередь может приобрести право собственности на нее по правилам о приобретательной давности (ст. 234 ГК).

Однако при таком подходе вещь на длительный срок выбывает из гражданского оборота, что не соответствует интересам ни ее приобретателя (владельца), ни третьих лиц.

Многими учеными достаточно убедительно обосновывается мнение о том, что в данной ситуации в интересах гражданского оборота добросовестного приобретателя вещи следует считать ее собственником. Поддерживая данное предложение, отметим, что такой подход позволит устранить неясность и закрепить правило, согласно которому в случае отказа в виндикационном иске по причинам пропуска исковой давности истец утрачивает материальное право – право собственности, а ответчик приобретает право собственности на спорное имущество с момента вступления в силу судебного решения. Соответствующее пояснение должно содержаться в нормах Гражданского кодекса РФ о виндикации, а также в нормах об основаниях приобретения и прекращения права собственности (ст. 218, 235 ГК РФ).

При удовлетворении виндикационного иска, т.е. при истребовании собственником имущества из чужого незаконного владения, возникает вопрос о судьбе доходов, которые принесло или могло принести данное имущество, а также о возмещении затрат на его содержание, ремонт или улучшение, произведенных фактическим владельцем. Так как данные вопросы достаточно подробно урегулированы законодательством и не вызывают особых проблем на практике, предлагаем остановиться на ином аспекте последствий виндикационного иска.

Статья 303 ГК РФ закрепляет следующие правила:

При истребовании имущества из чужого незаконного владения собственник вправе также потребовать от лица, которое знало или должно было знать, что его владение незаконно (недобросовестный владелец), возврата или возмещения всех доходов, которые это лицо извлекло или должно было извлечь за все время владения; от добросовестного владельца возврата или возмещения всех доходов, которые он извлек или должен был извлечь со времени, когда он узнал или должен был узнать о неправомерности владения или получил повестку по иску собственника о возврате имущества.

Но зачастую при истребовании имущества из чужого незаконного владения возникает вопрос о неосновательно сбереженном незаконным владельцем имуществе в результате пользования истребуемой вещью. Например, лицо, незаконно владеющее жилым помещением, использует его для собственного проживания, не уплачивая при этом коммунальные платежи, и при этом не несет расходов по внесению платы за наём жилого помещения. Денежные средства, сбереженные незаконным владельцем, не могут расцениваться, как доход незаконного владельца, так как они не увеличивают его имущественную сферу. А, следовательно, взыскание указанных денежных средств не входит в пределы регулирования ст. 303 ГК РФ.

Полагаем, что в подобных случаях возможно наряду с нормами о виндикации применение норм, регулирующих обязательства из неосновательного обогащения, в соответствии с которыми лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение). Возможность такого сочетания вещно-правовых и обязательственных способов защиты прямо предусмотрена п. 2 ст. 1103 ГК РФ.

Круг проблемных вопросов существования и применения виндикационного иска на практике не ограничивается изложенными выше. В научной и практической литературе можно встретить множество иных не менее интересных проблемных вопросов.

2.2 Негаторный иск – требование об устранении препятствий в осуществлении права собственности, которые не связаны с лишением собственника владения его имуществом (ст. 304 ГК). Рассматриваемая категория была известна ещё римскому праву *actio negatoria* – буквально *отрицающий иск*.

В отличие от виндикации, применение негаторного иска практически не вызывает проблем на практике. В силу статей 304, 305 ГК РФ иск об устранении нарушений права, не связанных с лишением владения, подлежит удовлетворению в случае, если истец докажет, что он является собственником или лицом, владеющим имуществом по основанию, предусмотренному законом или договором, и что действиями ответчика, не связанными с лишением владения, нарушается его право собственности или законное владение. Примечателен тот факт, что в силу статьи 208 ГК РФ исковая давность не распространяется на требование собственника или иного владельца об устранении всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения не были соединены с лишением владения. В этой связи длительность нарушения права не препятствует удовлетворению этого требования судом.

Рассматривая вопрос о возмещении убытков, причиненных неправомерным препятствием в осуществлении права, следует исходить из того, что хотя и ст. 304 ГК РФ и не рассматривает данного вопроса, возможно субсидиарное применение норм о внедоговорном причинении вреда, закрепленных в гл. 59 Гражданского кодекса РФ.

3. Завершая рассмотрение некоторых проблемных вопросов вещно-правовой защиты права собственности, хотелось бы отметить, что законодательное регулирование и правовая доктрина вещно-правовых способов защиты права собственности – одна из интересных и сложных проблем в отечественном гражданском праве. Рассмотренные в настоящей работе положения составляют совсем незначительную часть проблематики законодательства и доктрины вещно-правовых способов защиты права собственности. Множество не затронутых в настоящей работе вопросов требует отдельного, весьма детального изучения.

Многие рациональные варианты решения возникающих в процессе применения норм о вещно-правовых способах защиты права собственности уже нашли свое закрепление на уровне рекомендаций высших судов, их применение прочно вошло в судебную практику. Назрела необходимость системного преобразования доктринального опыта и материалов судебной практики в материю правовых норм ГК РФ. Хочется верить, что планируемые изменения норм Гражданского кодекса РФ о вещно-правовых способах защиты вещных прав повысят эффективность правовых норм и позволят решить существующие проблемные вопросы.

Биографическая аннотация:

Мария Тимофеева – Иркутский государственный университет, Юридический институт. Научные интересы: недействительность сделок, изменение и расторжение договора, защита вещных прав, корпоративное право.

SUMMARY

Selected problems of the protection of property rights in the Russian Federation

The aim of the study is to evaluate the property rights protection system in the civil law system of the Russian Federation. The author present the law instruments that owner and possessor are entitled to by focusing on the law regulation and judicature.

KEYWORDS: protection of property rights, owner, possessor, civil law

PAWEŁ ŻEBROWSKI

Договор АСТА - защита интеллектуальной собственности или попытка ограничения свободы в интернете?

1. Введение – что же такое АСТА?

Международное соглашение по борьбе с контрафактной продукцией [англ. The Anti-Counterfeiting Trade Agreement (АСТА)] – вынесенное на рассмотрение многостороннее торговое соглашение, согласно которому будет установлено строгое наблюдение за соблюдением авторского права в Интернете на рынке информации и информационных технологий и товаров, основанных на информационных технологиях. Это соглашение обсуждалось правительствами США, Японии, Швейцарии, Австралии, Новой Зеландии, Южной Кореи, Канады, Мексики и Европейской комиссией¹.

АСТА в замысле авторов должна являться частью стратегии, применяемой торговыми представителями США, Евросоюза, Японии и других стран, поддерживающих ужесточение контроля за нарушениями авторского права. На протяжении 6 лет правительства многих стран вынашивали идею международного сотрудничества, направленного на борьбу с нарушениями прав интеллектуальной собственности в глобальном масштабе.

Идея о соглашении по борьбе с контрафакцией родилась на 31-м саммите Группы Восьми в шотландском городе Глениглс в 2005 году, когда представители Японии выдвинули идею о необходимости повышенного внимания к вопросам защиты правообладателей IT-продуктов и цифрового контента.

Подготовительный период создания международного договора длился в течение 6 лет и насчитывал 10 раундов переговоров. В 2006 году к Японии присоединились США, которые совместно с японцами обратились к партнерам из других стран с предложением развить идею многостороннего сотрудничества по борьбе с контрафак-

1 А. Гейгер, A View From Europe: The high price of counterfeiting, and getting real about enforcement [online]. The Hill [Доступ: 2013-06-06]. Доступны на: <www.thehill.com/acta/04/06/2012/pdf>.

ной продукцией и пиратством. 23 октября 2007 года было официально объявлено о начале переговоров, к которым к тому времени подключились Европейский Союз и Швейцария.

Стоит подчеркнуть, что переговоры проводились за закрытыми дверями без участия представителей многих стран и даже международных организаций, таких как ЮНЕСКО, ВОИС и прочих, на позицию которых могли повлиять проштрафившиеся в вопросах пиратства страны. Текст документа также не разглашался, однако в мае 2008 года черновая версия соглашения всё же просочилась через *Wikileaks*.

Днем Рождения Торгового соглашения АСТА считается 1 октября 2011 года. Хотя соглашение подписали на тот момент только 8 государств, к нему в ближайшем будущем планировали присоединиться Европейский Союз, Швейцария и Мексика. Соглашение должно вступить в силу после того, как депозитарию соглашения (Японии) будут переданы документы о его ратификации как минимум в 6 подписавшихся странах. В преддверье церемонии подписания 30 сентября в японском городе Сендай прошел посвященный АСТА симпозиум, на котором были освещены основные положения документа и прозвучали призывы о присоединении к соглашению для торговых партнеров стран-участниц.

Итак, подводя первый итог, можно сказать, что АСТА - Торговое соглашение по борьбе с контрафактом:

- направлено на борьбу с воровством интеллектуальной собственности в сети Интернет, а также на рынках программных и цифровых продуктов, особенно в странах с высоким уровнем пиратства (в числе которых Польша и Россия);
- предусматривает укрепление международного сотрудничества в части продвижения эффективных методов защиты правообладателей, а также взаимное признание патентов между подписавшимися государствами;
- стимулирует создание законодательной базы для выявления и наказания нарушителей авторских и смежных прав;
- основывается на стандартах Соглашения ВТО по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) с целью их дальнейшего ужесточения².

2. Опасения, связанные с АСТА

Все же, несмотря на громкие замыслы авторов Соглашения, периода внедрения АСТА с опасениями ожидало все мировое сообщество, ведь некоторые положе-

2 Против кого направлен новый международный договор АСТА [online]. Copyright Авторское Право [Доступ: 2013-06-02]. Доступны на: <<http://www.copyright.ru/news/main/2011/10/12/АСТА>>.

ния АСТА с трудом балансировали на грани жестких мер и даже нарушения прав и свобод человека. Так, к примеру, по условиям соглашения:

- работники таможи на границах подписавших договор АСТА государств получают право проверять содержимое портативных цифровых устройств (мобильных телефонов, плееров, ноутбуков и пр.) с целью поиска нелегального контента и программного обеспечения;
- провайдеры будут обязаны по первому требованию правообладателей удалять нелегальный контент, а также предоставлять всю личную информацию о нарушителях;
- будет разрешен обыск на частных территориях с целью поиска контрафакта, а также немедленное изъятие и ликвидация любого оборудования, применяемого для производства и использования нелегальной продукции.

Для вышеописанных действий не потребуется ни соответствующего судебного предписания, ни доказательств факта пиратства как такового³. Естественно, столь недемократичный подход вызвал волну критики со стороны общественных организаций, руководства стран с высоким уровнем пиратства и многих отраслевых экспертов.

Перспектива подписания соглашения АСТА столкнулась в Европе с волной критики. Резкие протесты против АСТА прокатились по многим странам Евросоюза. Противники нового закона усмотрели в нем репрессивную составляющую, которая поможет властям в цензуре Интернета, установлении сетевого контроля над свободными гражданами и ущемлении их базовых прав.

Поводом для недовольства формально послужила также готовность Евросоюза к ратификации международного Торгового соглашения по борьбе с контрафактной продукцией (Anti-Counterfeiting Trade Agreement, АСТА).

Организация *Access*, выступающая против принятия данного законопроекта, организовала всемирный день протеста 11 февраля 2012, чтобы показать Европейскому парламенту необходимость отказа от ратификации АСТА. Протесты прошли более чем в 200 европейских городах, на улицы вышли десятки тысяч протестующих. Самыми многочисленными были выступления в Германии, Польше и Голландии. В Германии на улицы вышли более 25 тыс. демонстрантов. В Софии – 10 тыс. человек, в Бухаресте – порядка трехсот, в Берлине – более 2 тыс., в Мюнхене – около 16 тыс. человек. Демонстрации также прошли в Лондоне, Варшаве, Праге, Вильнюсе, Братиславе, Париже, Брюсселе, Дублине и других городах⁴.

3 Полный текст Международного соглашения по борьбе с контрафактной продукцией [online]. Foreign Affairs, Trade and Development Canada [Доступ: 2013-06-04]. Доступны на: <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux>>.

4 С. Попсулин, Европу сотрясли демонстрации против тайного закона о копирайте [online]. Издание о высоких технологиях [Доступ: 2013-06-06]. Доступны на: <<http://www.cnews.ru/news/top/index.shtml?2012/02/13/477294>>.

Протестующие утверждали, что АСТА значительно сократит возможность свободно выражать свое мнение в интернете. В то же время сторонники законопроекта настаивали, что соглашение не вносит каких-либо изменений в действующие законы и лишь защищает права авторов на фоне активного развития пиратства в интернете. Они подчеркивают, что во время обсуждений всегда выступали за открытость принципов соглашения.

3. Реакция на АСТА общественности и политиков в Польше

Движение, выступающее против принятия АСТА, также широко поддерживалось членами хакерской группировки Anonymus, которые взяли на себя ответственность за взлом многих сайтов министерств и ведомств. Именно группировка Anonymus причастна к тому, что 23 января 2012 года, ряд веб-сайтов польского правительства (в том числе сайты президента, сейма, министерства культуры, канцелярии премьер-министра) были недоступны в результате направленных на них DDOS-атак. Именно это придало в Польше медийную огласку вопросам и проблемам, связанным с АСТА. Ряд польских сайтов и социальных сетей объявил о том, что они устраивают акции протеста против намерения Польши подписать АСТА.

Общество активно заинтересовалось проблемой АСТА и все в более убедительных формах демонстрировало свое несогласие на подписание Соглашения. Уже 24 января более тысячи человек протестовали перед Информационным Бюро Европейского Парламента в Варшаве; 25 января, по крайней мере, 15000 демонстрантов выражали протест в Кракове, 5000 во Вроцлаве, и в других городах страны. 27 января, протестующих по всей стране насчитывалось десятки тысяч⁵.

Полемика в польском Парламенте также была очень напряженной. 26 января 2012 года группа польских политиков выразила неодобрение договора, надев маски Гая Фокса во время парламентских разбирательств. Изображения этого события быстро распространились в интернете. Польская оппозиция правой партии *Право и Справедливость* впоследствии призывала к референдуму по АСТА.

3 февраля 2012 Премьер-министр Польши Дональд Туск заявил о приостановке процесса ратификации антипиратского закона, который вызвал массовые протесты интернет-пользователей страны. По словам премьера, закон все ещё может вступить в силу, однако это должно произойти только после общественной дискуссии, в которой должны принять участие как правообладатели, так и обычные пользователи интернета⁶.

5 Премьер Польши отказался ратифицировать антипиратский закон [online]. Lenta.ru [Доступ: 2013-06-15]. Доступны на: <<http://lenta.ru/news/2012/02/04/acta/>>.

6 Премьер Польши отказался ратифицировать антипиратский закон [online]. Lenta.ru [Доступ: 2013-06-15]. Доступны на: <<http://lenta.ru/news/2012/02/04/acta/>>.

4. Позиция Европейского Союза по АСТА

Правительственные учреждения Европейского Союза принимали активное участие в полемике касательно Торгового соглашения по борьбе с контрафактной продукцией АСТА. Дискуссии, действительно, были очень жаркими и принимали при этом разный характер: от попыток развенчать основные мифы о новом международном договоре и оправдать подписание соглашения до однозначных сомнений в соответствии АСТА фундаментальным правам и гражданским свободам.

Что примечательно, Кадер Ариф, докладчик Европейского парламента по АСТА, подал в отставку со своего поста ещё в 26 января 2011 и осудил договор *самым решительным образом* реализуя свое намерение послать четкий сигнал и предупредить общественное мнение об этой неприемлемой ситуации и отказываясь *принимать участие в этом маскараде*⁷.

Важно заметить, что некоторые комитеты Европарламента в процессе голосования не оказали поддержки антипиратскому договору АСТА, посвященному борьбе с контрафактной продукцией. Противники принятия этого договора – это Комитет, занимающийся гражданскими свободами, Комитет по вопросам промышленности, энергетики и исследований, Юридический комитет. Особо значимым было также решение Комитета Европарламента по международной торговле, который проголосовал против ранее получившего противоречивые оценки Торгового соглашения по борьбе с контрафакцией АСТА. По мнению многих экспертов, именно это стало смертельным ударом для всего проекта АСТА.

12 депутатов комитета проголосовали за принятие АСТА, 19 были против. С процессуальной точки зрения, это была последняя стадия рассмотрения проекта соглашения перед решающим голосованием в Европейском парламенте. Как правило, голосование комитета является формальной рекомендацией для голосования в ЕП. Депутаты Европарламента теперь могли либо принять АСТА в нынешнем виде, без оговорок, или проголосовать против.

Один из лидеров комитета, британский депутат ЕП Дэвид Мартин, заявил после голосования, что комитет проголосовал не против интеллектуальной собственности как таковой, а против АСТА – неудачного документа, который оставляет много вопросов без ответа⁸. Одно из главных опасений Комитета заключалось в том, что АСТА не соответствует основным правам человека. Кроме того, модель, которую АСТА пред-

7 J. Baker, IDG News. Opposition to ACTA Swells in Europe [online]. PCWorld [Доступ: 2013-06-12]. Доступны на: <http://www.pcworld.com/article/249456/opposition_to_acta_swells_in_europe.html>.

8 Антипиратский договор АСТА близок провалу [online]. Новости DELFI [Доступ: 2013-06-06]. Доступны на: <<http://rus.delfi.ee/daily/euroopa/antipiratskij-dogovor-acta-blizok-k-provalu.d?id=64577060>>.

лагает для защиты интеллектуальных прав, опирается на устаревших представлениях о цифровой информации.

В итоге, в решающем голосовании 4 июня 2012 года Европарламент проголосовал против АСТА – 478 депутатов проголосовали против, 39 – за, 165 воздержалось. Европарламент решил, что в том виде, в котором соглашение сейчас существует, оно противоречит даже самым основным правам человека, которые декларирует Евросоюз. Также оно оказывает влияние на правовую базу Евросоюза, так как вступает с ней в противоречия⁹.

Таким образом, Соглашение АСТА постигла участь так называемой натуральной смерти, так ранее от него отказались Австралия, Швейцария и Мексика – соответственно ввести соглашение в жизнь можно было только в нескольких странах, что расходилось с замыслами авторов АСТА.

5. Заключение

Общепризнанно, что убытки правообладателей от повсеместно распространенного пиратства составляют очень серьезные суммы. Поэтому вполне объяснимы участвовавшие в последние годы попытки поддержать интеллектуальные права, расширив и ужесточив средства их защиты. Такие попытки реализуются правообладателями и в сфере принятия международных, региональных или двусторонних соглашений, и лоббирования национальных законопроектов, и создания судебных прецедентов, а затем и единообразной судебной практики.

Очень часто при этом возникает угроза ущемления основополагающих прав на свободу слова, свободу распространения информации, неприкосновенность частной жизни, доступ к культурным ценностям. Нередки случаи злоупотребления интеллектуальными правами: часто основную прибыль от использования интеллектуальных результатов получают совсем не их авторы, а различные посредники. Часто развитие технологий встречает серьезные препятствия в виде узаконенных и максимально расширенных монополий отдельных участников, а их силы истощаются в бесконечных патентных войнах¹⁰.

И нельзя сказать, в итоге, что выигрывают от этого только правообладатели или только пользователи. Пожалуй, что проигравших тут гораздо больше. В этой ситуации стоит лишний раз вспомнить, что один из базовых принципов права интеллектуальной собственности – обеспечения баланса интересов правообладателей и общества. Именно в этом направлении и должны прилагаться основные усилия. Важнее всего попыт-

9 A. Souppouris, EU Parliament rejects ACTA [online]. The Verge [Доступ: 2013-06-06]. Доступны на: <<http://www.theverge.com/2012/7/4/3136773/acta-no-vote-eu-parliament-meps>>.
10 Общий обзор Анти-Контрафактного Торгового Соглашения [online]. Lex Digital Blog [Доступ: 2013-06-02]. Доступны на: <<http://lexdigital.ru/2012/019/>>.

ки отыскать новые точки равновесия взаимных интересов, а не хорошо укрепленные рубежи обороны.

Заблуждаются те, кто призывает к полному отказу от интеллектуальных прав (труд любых людей должен достойно вознаграждаться, и авторы тут – не исключение), но не совсем правы и те, кто пытается всеми силами удержать сложившееся положение, подпирая ветхое жилье все новыми и новыми бетонными балками, от этого оно не станет более привлекательным и приносящим прибыль¹¹.

Достижение баланса интересов сторон вполне возможно. Проекты разработать не так уж сложно. Главное, это, конечно, общее осознание и принятие необходимости перемен, рассмотрение таких предложений на международном уровне и более-менее единогласное им следование. А пока мы не пришли к этому поворотному моменту – важно наблюдать за тенденциями изменений в сфере использования интеллектуального продукта, распространять положительный, направленный на поиск компромисса опыт, и открыто противостоять попыткам решить проблемы за чужой счет, извлечь сиюминутную выгоду, похоронив при этом веру в возможность нахождения согласия.

Биографическая аннотация:

Paweł Żebrowski – студент факультета права и администрации Университета им. Адама Мицкевича в Познани. Научные интересы: международное и европейское право; современные международные отношения.

SUMMARY

Acta Agreement - protection of intellectual property rights or attempt to limit Internet freedom

The aim of the study is to analyse the Acta Agreement in the context of the question whether it is a form of protection intellectual property rights or an attempt to limit Internet freedom. The author presents the Acta Agreement content, concerns about it, social reaction and European Union standing.

KEYWORDS: Acta Agreement, intellectual property rights, Internet freedom

¹¹ Общий обзор Анти-Контрафактного Торгового Соглашения [online]. Lex Digital Blog [Доступ: 2013-06-02]. Доступны на: <<http://lexdigital.ru/2012/019/>>.

V

Property miscellanea

Размышления на тему собственности

MICHAŁ FLIEGER

The Ownership Concept in Modern Management – How to Become More Efficient (Outsourcing Viewpoint)

Introduction

Modern management is an area of organizational operations which is the subject of more and more attention nowadays. It is simply due to the increasing need to search for effective competitive advantage. This is true not only for business oriented organizations but also for those involved in public administration. In the first case, the need to be more competitive results from globalization and from domination of the so-called customer market. Globalization makes it easy to move operations between boundaries so there are no more safe areas to hide from competition anywhere. The customer market makes it easy for customers to choose, but difficult for producers to sell – so competition increases.

The public sector has been undergoing many changes in recent years¹. This is due to the increasing will to participate in local management by local companies and inhabitants as well. Moreover, the competition between local offices to attract business is a fact which is hard to deny. Thus, the needs of target customers must be heard and the management must make offices flexible enough to adjust to changeable needs².

In both of the above cases the management system seems very attractive as far as gaining a competitive advantage is concerned. One reason for this is the fact that it has been rather neglected in recent years and thus, being the first to improve the area may result

1 M. Kulesza, Samorząd terytorialny w Rzeczypospolitej Polskiej – stan obecny i perspektywy rozwoju [online]. Biblioteka tekstów o samorządzie terytorialnym i reformie administracji publicznej [access: 2013-11-10]. Available at: <http://sztuki.awardspace.info/samorzad/kulesza2.htm/>.

2 M.E. Porter, *Competitive Advantage*, The Free Press, New York 1985, p. 87.

in some kind of advantage: flexibility, costs, time of operations, quality of management and the product itself.

In a management system there are some aspects that have to be taken into consideration in order to achieve possible improvements. The main aim of the article is to explain what the concept of modern management is and what the role of ownership is in becoming more competitive.

1. From administration to management

There are various definitions of management in the literature, but one will be presented here that shows the evolution from simply administering the organization to efficiently managing it. The general idea is presented in figure 1.

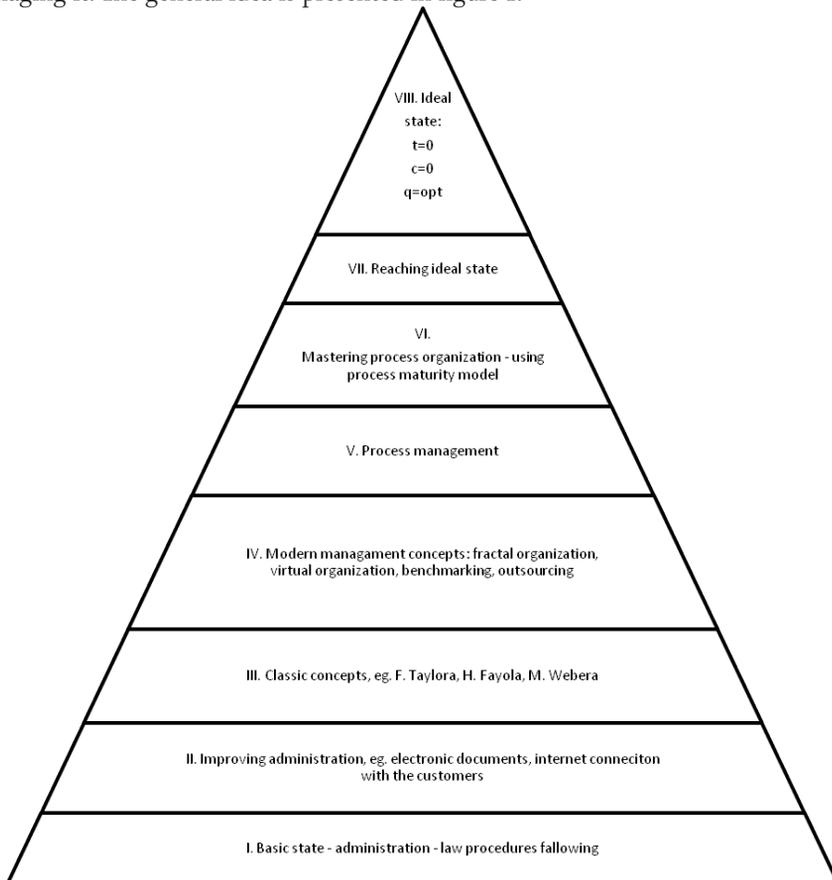


Figure 1: Management evolution concept

Source: Author's concept

As figure 1 shows, the basic level is number I and with each level upwards the management's professionalism increases³.

Level I is characteristic for organizations which base their operations on simply following the rules of legal regulations. They assume that there is no need to become more efficient in the area of management or they do not have the awareness that they should improve in this area. Nowadays, the last situation is not rare, which indicates the need to develop managers' knowledge in the economy.

Level II is very close to the first one. The only difference is that administration becomes smoother by using electronic programs, for example electronic documents or making it possible for customers to get and send documents through a web site etc. The advantage of this level is the fact that managers start to feel the need to improve though they still probably lack the knowledge to go much further in their actions⁴.

The next level is characteristic of the classical approach to administration and management. It is mostly due to academic programs which provide students with knowledge according to rather dated programs, seeing Taylor and Fayol's concepts as the only ones applicable to management. It must be said that some of the thoughts and rules provided by the classics are still true, but some of them do not stand the test of time. Moreover, there are many more modern concepts which match modern businesses better and are the key to effective management.

Level IV can be called modern management in its simplest form. It means that the managers have the knowledge and the will to implement modern management concepts in their strategic, tactical and daily operations. They build a whole system and match it accordingly with human resource management. Among the most important concepts are: fractal organization, virtual organization, net organization, system organization, learning organization, lean management, outsourcing and benchmarking. Each of them is complex and usually requires the employment of another one as most of them are complementary. To construct such a system a lot of knowledge and experience is needed.

The next level is even more difficult to reach because it is connected with changing the whole organizational structure. To achieve this, it is usually necessary to first introduce the process structure at the same time as the traditional one, and then remove traditional structure and operate only with the process one. To implement process management it is necessary for the managers to know the concept well, understand it and be able to conduct dramatic changes in the organization. Such changes require complex activities for all the different concepts and, first of all, human resource adaptation to a new way of thinking and operating.

Once the process structure is introduced we must go to level VI which is about constantly improving processes within the organization. Here, the process organization

3 Z. Martyniak, *Metody organizacji i zarządzania*, Kraków 1999, p. 23–25.

4 M. Miłek, *Wybrane problemy administracji publicznej*, Sulechów 2004, p. 9.

must become mature, which means it must go through the levels of maturity listed in the maturity model. Only then will the organization become flexible enough to move closer and closer to the ideal state, which brings us to the next level and then to the last one.

The ideal state in the model is defined by three characteristics: time of operations is zero, cost of operations is zero and the quality is optimum. Of course, the ideal state will never be reached but it is still possible to keep the characteristics in mind as a kind of target when it comes to changing the organization.

2. Outsourcing in process management. The exreengineering concept

Process structures are basically alternatives to classical ones. Traditional structures divide the organization according to functions, e.g. marketing, finance etc. Process structures are different. They see the processes within the organization according to figure 2.

Figure 2: Process within the organization:

income → operation 1 (worker or team 1) → operation 2 (w/t 2) → outcome

Source: Author's concept

The process begins with the resources which may be material things like money, machines, half-finished products etc., and non-material like knowledge, skills, information and so on. They are then handled by worker or team 1 who is responsible for operation 1. The result of this operation is then submitted to worker/team 2 responsible for operation 2 and then finally the outcome – the product or service appears.

What is very important in the process is the relationship between the workers. They are in a deliverer/customer relationship which means that each worker must recognize the needs of the following one and then, accordingly, match the mini-product to these needs. This is also called marketing activities inside the process. In cases where the following worker is constantly dissatisfied with the work he receives from his deliverer, there is a possibility to remove the delivering worker and replace him with someone from outside of the company – thus we may say that a special kind of outsourcing appears. This possibility makes the company more flexible in process formation and also

adds a kind of pressure to the workers, who feel they must adjust to the needs⁵. If not, they are exchanged and simply removed as a source of costs for the company.

At this point it should be mentioned that for such a mechanism to work, a special kind of worker is necessary. They must be able to communicate very well and to exchange useful information. There is also a lot of freedom of action, which requires workers who are able to organize themselves without ongoing help from managers. On the other hand, the manager must provide workers with the freedom. So we may say that the managers must empower their workers as much as is possible.

When a company is constructing the process it is not necessary to limit the possible operations and workers only to the resources the company has. It is possible to somehow divide the process between different organizations. For example, a few operations may be in one company and the next few in another. Thus, it is possible to handle the processes which one company would not be able to conduct. Then, of course, the ownership of the process is shared, but the process still exists. Such a configuration is called *exreengineering*⁶.

3. Ownership outsourcing in business

The decision whether the organization should operate under its own ownership is taken in all kinds of organizational structures. In the traditional approach, where the functions are the main criteria for dividing the structure, it is quite common to use the services of other companies. It means that the organization decides to resign from its own ownership in the area. The main drive to do that is to build competitive advantage, usually through cost savings or through specialization. Outsourcing companies are usually highly specialized in the area they operate in and so they are more competitive. It is simply cheaper and more effective to use them than to finance such activities inside the organization. On the other hand, the company that outsourced the operations may focus on its own main field of operation and thus may enlarge the profits coming from outsourcing⁷.

The main areas to outsource in the traditional approach are financial management, human resource management, IT services or marketing support. It is also possible to outsource production operations or all the production, as, for example, Nike does. Financial outsourcing means that the company does not employ accountants and so it has no need to pay them, control them and teach them. It is a very common situation that the

5 P. Grajewski, *Organizacja procesowa. Projektowanie i konfiguracja*, Warszawa 2007, p. 79–88.

6 W. Dziemianowicz, M. Mackiewicz, E. Malinowska, W. Misiąg, M. Tomalak, *Wspieranie przedsiębiorczości przez samorząd terytorialny*, Warszawa 2000, p. 17–19.

7 M. Trocki, *Outsourcing. Metoda restrukturyzacji działalności gospodarczej*, Warszawa 2001, p. 13.

external company not only manages the invoices and so on but may also have the direct possibility to operate on the company accounts. It is, of course, possible using computer systems and the internet.

As for human resource management, the most common approach is to let the external company search for new employees, recruit them and then very often plan and conduct the training system. Usually, the advantages of such an approach are many – from cost savings to time and organizational effort minimalizing. Such companies must cooperate very closely with each other because it is necessary to know the specific conditions and requirements very well. This is crucial to matching the worker exactly to the needs the company has.

A typical area for ownership outsourcing is the IT sector, in which high class specialists are usually employed. They not only have the knowledge, skills and experience but also the equipment, which is a huge investment. Taking the above into consideration, it is often much cheaper and more effective to employ an external company to deliver IT services, rather than organize the new IT section within the organization⁸.

What may be quite surprising is the fact that whole production systems are often outsourced. In such cases, the company usually delivers only the designs and the technical requirements for the products to be made and the external company handles all the production processes. Control here is an important issue because of quality requirements. Moreover, the way the products are made, for example by using cheap labour in China, may be a problem in home markets. Customers may not want to buy products made in such a way⁹.

It is sometimes necessary to outsource operations because the market is completely unknown to the company. This is the case when the company wants to enter new markets, new cultures or geographical destinations. Then, complex marketing research is needed and it is often best to outsource the research process to a company which comes from the region and knows and understands the clients' habits well. Although the services and complex research are usually very costly, they minimize the risk of failing in the new market. Thus, it is usually worth spending even large amounts of money on outsourcing because potential failures may result in huge losses.

8 S. Cyfert, K. Krzakiewicz, *Nauka o organizacji*, Poznań 2009, p. 160.

9 GAP company faced such problems in their home US market.

4. The pros and cons of resigning from ownership

As the nature of outsourcing has been explained above, we should take a closer look at the potential profits which it may bring and also at some threats which are connected with losing ownership of operations.

The main advantage is usually connected with cost cutting. When the company uses the services of a smaller and more specialized company it does not have to keep the production capabilities itself, which may result in considerable savings. Very often it is not necessary to keep the capabilities all the time because the service which it outsourced may be needed only in some periods of time. Then fixed costs may be minimalized, which makes outsourcing so attractive.

Another advantage is flexibility. In the era of fierce competition, flexibility seems to be one of the main requirements to keep the customer satisfied. One way to become more flexible is to find a way to build or rebuild an organizational structure quickly and cheaply¹⁰. This means that when it is necessary to change operations, outsourcing seems one of the best ways to do so.

When the company turns to outsourcing it usually cooperates with smaller and more specialized firms. Specialization means that the service which is outsourced will probably be more effective than if it were under the ownership of the company. This way it is possible to get a better product and save money at the same time. Moreover, during the cooperation with the highly specialized company it is possible to learn a lot. A new perspective may be gained and this makes it important from the strategic point of view.

Managing a business nowadays is very often connected with deciding which problems should be solved personally and which may be delegated outside. Management effort reduction is also one of the main drives which brings companies to outsourcing. Once the service is outsourced the managers may focus on their own area, which may make their work more effective. Of course, they still have to monitor the cooperation with the external company but when the cooperation moves forward and the trust appears, the mechanism becomes automatic – it does not require day to day care.

In building a competitive advantage it is necessary to create so called relative capital. It is the relationships (formal or informal) which the company has with others which make the functioning as a whole become easier. This relationship is often based on trust and shared experience and so with time it may result in easier cooperation and in new business contacts. The network of possible cooperators and clients grows and thus new business opportunities appear.

On the other hand, there are some threats connected with outsourcing. One of them is the control issue. When an external company becomes responsible for our opera-

¹⁰ G. Bartoszewicz, *Projektowanie wdrożenia modułów logistycznych zintegrowanych systemów klasy ERP: podejście procesowe*, Akademia Ekonomiczna Poznań 2007, p. 295–299.

tions it is still important to keep the quality or time arrangements as if it were our own company. However, it is not our own company and management control inside another company may be difficult. It is necessary to communicate well. Another way is to use computer systems more effectively and the internet, of course. Such control also has another difficulty – in different companies it may happen that different management styles are used and managers and workers may simply have problems with cooperation and communication. Corporate cultures may also differ and culture specific language may be used which makes things even more difficult.

When companies are highly specialized they may also lack the will or knowledge to understand the operations of other specialized companies. This is one of the disadvantages of specialization in general¹¹. Specialized workers assume that their point of view is the only one and thus they are often not flexible enough to match the requirements of cooperators. And then, after the cooperation starts, there may be problems with understanding each other's point of view. This problem may be solved with time – mutual experience may lead to cooperation mechanisms which are effective.

When searching for cooperators within the outsourcing mode it may be necessary to reach companies which are geographically dispersed. In theory, such virtual organizations should be very effective but in practice geographical distance also means that there are many differences and obstacles to be overcome. Language differences; norms and behavioral standards; as well as legal and political backgrounds may all add up to making the problems with outsourcing considerable. And again, as usual, the length of time of cooperation and mutual experience helps here and after some time the obstacles may be overcome.

5. Conclusions

The ownership issue is quite common in contemporary management and it may be a very important source of competitive advantage. There are many different ways to use the ownership change as a way to improve business operations.

One of them is the outsourcing of processes or their particular operations. It is then called *extreengineering*. Such process configuration may result in cost savings and greater flexibility of production or other internal processes. In such cases communication and cooperation must be very close and intense, which additionally helps to create relative capital.

When a company does not employ a process structure it may still use outsourcing in a traditional way which means selecting specific functions to be given to the external

11 M. Romanowska, M. Trocki, *Podejście procesowe w zarządzaniu*, Warszawa 2004, p. 65.

company. At the same time, the organization may get rid of the function, which results in savings of money and managers' time. Typical functions which are outsourced are finance, marketing, production, human resources and sales.

There are many advantages and also threats connected with outsourcing. The main advantage is saving costs and time but also learning in the chain of companies and building relative capital. The threats are communication problems and possible control difficulties. However, it must be said that the opportunities usually outnumber the threats.

To use outsourcing and to decide on the ownership of operations or whole functions, it is necessary to have a real management system in the company, not only an administration mechanism. It is necessary to gain the knowledge and the will to use modern management concepts. In this way, companies may achieve a competitive advantage and survive in turbulent markets.

Biographical reference:

Michał Flieger – Doctor of Economics in the area of management at Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University Poznań.

SUMMARY

The ownership concept in modern management – how to become more efficient (Outsourcing Viewpoint)

The aim of the study is to present the ownership concept in modern management in the scope of the outsourcing viewpoint. The author analyses the reengineering concept of the outsourcing in management – the process configuration that may result in cost savings and greater flexibility of production or other internal processes.

KEYWORDS: ownership concept, modern management, outsourcing

ANNA SCHEIBE

Possession or Sharing - The New Rules of Property Management in Profit Making

1. Introduction

The fast changing environment and developing communication technologies are forcing companies to adjust to new conditions and create more effective business models. The virtual reality, characterized by the lack of entry barriers and sharply declining costs, constitutes a real challenge for companies, forcing them to create networks and offer their products at very low or even zero-prices. Such competitive conditions create a specific environment for companies which are trying to use business models that have never existed before and are finding new sources of profits from their resources.

The aim of the article is to show how changes in the new economy influence the rules of profit-making with the use of intellectual property. The author will try to answer questions concerning the substantial challenges related to competing in the virtual reality and the ways of coping with these problems. Protecting and making use of intellectual property will be the most important aspect of the analysis.

2. Property and its meaning for the profit creation process

Property rights have constituted the basis for profit creation for years. According to David Ricardo, attractively located and fertile land created a competitive advantage for its owners. As a consequence of the theory, a set of valuable assets (tangible and intangible) of a company started to be treated as the main explanation for the company's success¹. Popularization of the resources-based view gave rise to the conviction that a competitive advantage is gained due to the heterogeneous equipment in resources of limited mobili-

1 V. E. Penrose, *The Theory of the Growth of the Firm*, Wiley and Sons, New York 1959.

ty². In this way, the property of unique resources was substantial for profit making, giving the owner rights to use and dispose of the object of property, excluding other persons³. The owner also has the right to possess, use, profit from, and dispose of the property in order to make profits. Hereby, the law gives companies tools to fight with competitors with the use of exclusively owned resources.

However, not all company resources are considered to be a source of competitive advantage. The most valuable resources are characterized by four features: value, rarity, imitation, and organization⁴. Valuable resources help to create features priced by final customers. Due to these resources, the customer can receive the most innovative products, the newest technologies, high quality, unique brands, relationships, emotions, etc. The rarity of the resources enables the company to set higher price for its products, as the competition's ability to offer similar features is significantly reduced. Rarity is thus an 'explanation' of a higher price set for the offer, because it makes the offer's characteristics unique. Then the imitation, which prevents the competition from offering similar values. Imitation is more difficult when the source of advantage is complex (it consists of many interdependent components) and is difficult to specify. Those inimitable resources are attributable to casual ambiguity, making the company's advantage sources unique and inimitable⁵. The last element - organization - makes managing and transferring the resources easier and creates multiple possibilities of usage (in different markets, regions, sectors, etc.).

Companies create their competitive strategy with the use of a set of valuable resources. The fact of exclusive possession (especially of such intangibles as relationships, brands, know-how, technologies, etc.), limits competitors' possibilities to effectively compete with the use of the same tools (by copying the leader), and at the same time gives the company the right to receive a higher sales margin (as the final customer is willing to pay much more for the company's unique offer). Companies thus use a simple profit-creating rule – the customer pays for the unique value the company offers, thanks to its resources. The clients pay the company for its products.

The strategically important resources (having the four above-mentioned features), are the main source of a company's competitive advantage, making the owners more cautious of its use and protection. One of a company's main concerns here is to guarantee its rights as the only owner and prevent competitors from attempting to copy the company's brands, product characteristics, offer and know-how. The importance of resources

2 J.B. Barney, *Firm Resources and Sustained Competitive Advantage*, Journal of Marketing Management 1/1991, p. 99–120.

3 Dz.U. 1994, No. 24 item 83.

4 J.B. Barney, *Gaining and Sustaining Competitive*, Prentice Hall International, Englewood Cliff 2001, p. 173.

5 R. Reed, R. DePhillippi, *Casual Ambiguity, Barriers to Imitation and Sustainable Competitive Advantage*, Academy of Management Review 1/1990, p. 88–102.

protection leads firms to the problem of finding an effective means of preventing competitors from imitating, or making any other attempt to try to undermine the company's position on the market. Business practice shows a few possible actions that can be taken in such a situation.

One of the substantial and commonly used tools is legal protection (particularly intellectual property rights, as intangible resources are nowadays a key element of competitive advantage). The main idea of the law is to protect the author's rights by equipping him with the tools of prevention as well as reaction to infringement of his rights. Although intellectual protection law was created and is used in the majority of countries, we can observe many examples of its infringement in business practice. Companies use similar logos (for example the CE sign, meaning *Conformité Européenne*, and China Export - with only a slight difference in logo design), brand names (like Abibas or Adidas), misleading product packaging (the case of *Delicje Szampanskie* packaging – where one of the companies was forced to change the packaging design as it was considered to be misleading⁶) and product designs (physical product features are the most commonly imitated elements of the offer).

Rapid internet development and new communication technologies have extended the possibilities for intellectual property rights infringement. Nowadays, many products can be easily multiplied and spread to thousands of users, possibly with no respect for property rights. Artists, writers and software producers are especially exposed to such danger. Internet development and increasing storage capacities have created almost unlimited possibilities for file exchange between internet users, with zero marginal costs. Napster was undoubtedly one of the first and most successful platforms of such file exchange – with 70 million users it even found a place in the Guinness Book of World Records as the fastest growing business⁷. The service was based on an application allowing users to access somebody else's computer content and copy it to their own hard disks⁸. The service raised a lot of questions about intellectual property law infringement, finally forcing Napster to pay a high fee for unauthorized music use. In effect, Napster was forced to change its free application into a paid subscription system, which finally led it to bankruptcy⁹.

6 AK, *Wedel musi je wycofać ze sprzedaży* [online]. *Pieniądze – Fakt.pl* [access: 2013-11-21]. Available at: <http://pieniadze.fakt.pl/Wedel-przegral-w-sadzie-Jedyne-za-podobne-do-Delicji-Szampanskich,artykuly,190060,1.html>.

7 R. Niewa, *Ashes to Ashes, Peer to Peer: an Oral History of Napster*, CNN Money, Fortune, September 5/2013 [online]. *Fortune Tech* [access: 2013-11-20]. Available at: <http://tech.fortune.cnn.com/2013/09/05/napster-oral-history>.

8 Codrut Nistor, *File Sharing—History*, PCTIPS3000, June 24/2009[online]. *PC Tips* [access: 2013-11-20]. Available at: <http://www.pctips3000.com/file-sharing-history>.

9 T. Lamont, *The day the Music Was Set Free* [online]. *The Guardian, The Observer* [access: 2013-11-20]. Available at: <http://www.theguardian.com/music/2013/feb/24/>

The story, however, didn't solve the problem of intellectual property rights protection in the virtual world. Many other, more technologically advanced, followers appeared on this market. The most commonly used became peer-to-peer networks – systems allowing for file download from not only one user (as with Napster), but from huge numbers of internet surfers, making the process more effective. The possibilities of file sharing – created by peer-to-peer networks (such as e-Mule or BitTorrent) and popularized due to portals such as IsoHunt or PirateBay – made file exchange more popular and, ipso facto, intellectual property rights easier to infringe. In this way, legal protection appeared to be ineffective and not following changes in the virtual reality.

Legislation can provide good protection of a company's property when it is properly used. The company has to answer the question: What exactly should be protected? The will to protect everything can lead to extensive cost multiplication and, in fact, not provide real protection. The continual strife between Samsung and Apple over intellectual property rights is a good example. Apple sued the Samsung Company for not respecting the law in 26 of its products. Apple even requested the withdrawal of Samsung products from the market, but the court finally turned down Apple's requests, ruling that there was no proof of customers being misled by Samsung's strategy¹⁰. The strife led the two companies to a patent battle over even the smallest details of their offers – such as, for example, Apple's patent for an electronic device with rounded corners¹¹.

The situation shows that bad choices on the subject of protection cannot be an effective tool for preventing competitors from imitating. The right choice of the subject of protection is thus a key element of a company's legal protection. The sewing machine inventor – C.F. Wiesenthal – patented only one, but the most important element of his machines – the needle¹². Copying the product without the needle wouldn't make sense. Sometimes, however, the key element of success can be difficult to protect. For example, white headphones, being a symbol of Apple's iPod, and one of the elements of its marketing success (helping to promote the product as the symbol of its users), probably could not be protected, as it doesn't have any innovative and unique features. Nevertheless, due to the associations in customers' minds it is still associated with Apple products.

Unique associations with the brand and the offer, created in customers' minds, constitute an additional copying barrier. There can be many products on the market, but the

napster-music-free-file-sharing.

10 M. Scott, Apple gets \$290M in Samsung patent dispute, November 21/2013 [online]. USA TODAY [access: 2013-11-22]. Available at: <http://www.usatoday.com/story/tech/2013/11/21/jury-awards-apple-290-million-in-patent-dispute-with-samsung/3644555/>.

11 Apple opatentował prostokąt z okrągłymi narożnikami [online]. Technologie [access: 2013-11-20]. Available at: http://technologie.gazeta.pl/internet/1,113841,12843825,Apple_opatentowal_prostokat_z_zaokraglonymi_naroznikami.html?v=1&cobxx=12843825.

12 G. Forsdyke, A Brief History of the Sewing Machine [online]. ISMACS [access: 2013-11-20]. Available at: http://www.ismacs.net/sewing_machine_history.html.

original is always the most desirable one. Creating a unique brand position enhances the value of the original product, leads customers to praise the original product more and discourages people from using fake products. Moreover, such associations are difficult to change, making the protection more stable. Such an additional means of protection is used by companies managing their brands, with luxury brand owners of watches, clothes, shoes, accessories and technical equipment, particularly prominent. The brand image of the original offer strongly supports intellectual rights protection.

According to Shumpeter's theory, however, the most effective way of protecting the company's position against competition is through innovations (which are a prerequisite for economic development). Launching new products and solutions can protect the company against competition, as the competition will not be able to follow the changes. The strategy – although necessary – is not totally free of challenges. Nowadays, due to the high pace of technological development, the time for innovations is constantly being shortened. This fact, together with the rising costs of inventing the high-tech products, forces companies to invest huge amounts of money in projects, with a relatively short time for a return on the investment. As a result, the pioneer strategy becomes riskier than ever, preventing some companies from becoming market pioneers. Business practice shows that many companies became a market leader due to the strategy of leader following¹³. The strategy provides the possibility of avoiding mistakes made by a leader and, what is more, of improving pioneer concepts. Nevertheless, the improvements made by the follower are also related to innovations and here we come back to the conclusion that innovations are necessary to gain a significant position on the market.

Nevertheless, apart from innovation, the high pace of technological development creates one more problem. The legislation procedures aimed at creating a satisfactory level of protection are very often too time-consuming to be effective. The protection can be offered long after it is needed. The same situation concerns sanctions against abusing a dominant position on the market, due to limiting access to valuable resources. The Microsoft story is a good example here. The company, sued for not giving access to source codes and using a bonding products strategy (Windows with Internet Explorer), finally lost the case in the United States, but the sentence did not produce the expected results, as the market situation had changed significantly by that time¹⁴.

13 T.T. Mady, *Does It Pay to Be First? A Cross-National Comparison of Mature and Emerging Market Consumer Attitudes toward Pioneer and Follower Brands*, *Journal of International Consumer Marketing* 1/2011, p. 276–296.

14 A. Scheibe, U. Szulczyńska, *Działalność innowacyjna i budowanie przewag konkurencyjnych przedsiębiorstwa – przykład firmy Microsoft*, [in:] *Konkurencja we współczesnej gospodarce*, ed. C. Balaśniński, E. Stawicki, *Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów*, Warszawa 2007, p. 92–126.

The above-mentioned problems illustrate that finding effective protection tools for company property (especially intangible property) can be a real problem in the contemporary world.

3. Changes in the contemporary business environment

The contemporary business environment is undergoing stormy and unexpected changes, creating new challenges for managers. Factors such as trade liberalization, financial market sophistication, privatization and deregulation have created new market conditions for companies. The most influential phenomena are, nevertheless, globalization and the information revolution. Globalization makes a wide range of products available to the customer, making them simultaneously more conscious and fussy. Globalization also influences the company in many ways, for example, by creating possibilities for contractual production, or internationalization of even micro- and small companies. The information revolution has increased the customer's power by creating wide possibilities for information exchange. The fast development of microblogging and social networking (Facebook, Twitter and many others) makes the information flow as fast and widespread as never before. Communication technology development influences companies as well, by creating possibilities for direct access to stakeholders and communication in real-time. Production units, deliveries or any other kind of company activities can be observed or even managed from any place in the world.

The facts combined together force companies to search for new and more effective forms, business models, organizations and strategies which are adjusted to the contemporary conditions. Hereby, the concepts of network, virtual or agile organizations are created.

The new business models aim at finding new profit sources, and are adapted to the changing environment. The most challenging changes are taking place in the so called *new economy*, defined as *aspects or sectors of an economy that are producing or intensely using innovative or new technologies...[which] applies particularly to industries where people depend more and more on computers, telecommunications and the Internet to produce, sell and distribute goods and services*¹⁵. In practice, this is usually limited to TMT sectors -telecommunication, media, and hi-technology. The rules, however, are also reflected in other sectors, as they are related to new technology diffusion, new business models and knowledge-based economies.

The new economy can be described by some characteristics, which are totally new, or which have simply intensified in the new conditions, and decentralization is one of

15 Glossary of statistical terms, OECD [online]. OECD Statistics [access: 2013-11-20]. Available at: <<http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=6267>>.

them¹⁶. It makes companies operate as a network of units, not as one merged company (e.g. a network or virtual organization). Decentralization also raises the question of company boundaries¹⁷. In the past, the internal and external environment was precisely defined. Nowadays, the role of the company's partners has increased to such an extent, that without them firms are not actually able to exist. Nike is a good example. The company's production is based in contractors' factories all over the world (over 900 factories), giving work to over a million people¹⁸. In this case, would Nike be a successful global company without them? Nike, together with the contractors, creates an effective operating system, making the partners an important part of the company. Decentralization can also refer to customers. In the age of hyper-segmentation, adjustment of the offer to individual requirements is gaining in popularity and maybe in the future will be a substantial factor in market success. Due to technological development, facilitating more direct contact with the client, customers are more often engaged in companies' activities. They are encouraged to present their own opinions, give suggestions on companies' offers but also to design their own products. Customers become *prosumers* – people wanting to actively participate in company and social life, presenting their opinions and having an influence on people's viewpoints and company activities¹⁹.

New communication techniques give more power to decentralized individuals. They can easily create networks, gaining more opportunities for knowledge sharing. The new tools, such as mobile phones, tablets and laptops, having access to mobile internet, make such information available in any place and time (in real time). Everybody can benefit from *crowd knowledge*. Information presented on the internet can be easily found, copied and shared, raising the question of intellectual property from a legal perspective. People may copy the information, thinking that something which appeared on the internet is commonly accessible and that the author agrees to the spreading of the data. The authors' rights can thus be commonly infringed. Globalization of the internet makes the phenomena more significant and crosses country boundaries.

As a result of continuous technological change, virtual life has started to strongly interfere with reality. New mobile applications allow one, for example, to order real food to

16 K. Kelly, *Nowe reguły nowej gospodarki*, Warszawa 2001, p. 1.

17 L. Hirschhorn, T. Gilmore, *The New Boundaries of the Boundaryless Company*, Harvard Business Review 3/1992, p. 104–115.

18 Sustainable business report [online]. Nike, Inc [access: 2013-11-20]. Available at: <http://www.nikeresponsibility.com/report/content/chapter/manufacturing>.

19 The term created by A. Toffler in a book "The Third wave", A. Toffler, Trzecia fala, PIW, Warszawa 1997; see also: English Definition of "prosumer" [online]. Cambridge Business English Dictionary [access 2013-11-20]. Available at: <http://dictionary.cambridge.org/dictionary/business-english/prosumer>.

the house, when standing at a bus stop and using a mobile phone²⁰. E-administration or e-learning is another example of such interactions. The tightened relationship between the virtual and real worlds can also cause excessive intellectual property rights infringement, and not only on the internet.

4. Creating competitive advantage in new conditions – the use of intellectual property rights

The new reality forces companies to search for more adequate methods of profit creation. In the high-tech and virtual sectors, network externalities create the basis for competitive advantage. This fact has produced a strong imperative to create a network of companies supporting clients and partners. The success of a new product is influenced by the number of complementary products, without which the company's success wouldn't be possible. Systems such as Windows, Linux or Android would probably not be so successful without a wide range of additional software, compatible with the systems. The customer, when buying the new product, wants it to work with the majority of devices that he or she already possesses (so as not to create additional costs). This fact leads companies to give access to knowledge facilitating complementary product production (e.g. a source code). This also creates a new imperative to share valuable resources rather than simply possess them. In this way, a former profit creation rule (payment for products produced due to exclusive resources) is broken. Some of a company's valuable resources have to be shared to create a competitive advantage. The guideline also seems to be supported by the *winner takes all* rule. In high-tech sectors, where setting the standard is a key to market success, only one company can take its place on the market, leaving no space for competitors. The most common example of this is the Betamax system, which was completely pushed out of the market by its competitor – VHS. The *winner takes all* rule works in sectors with network externalities. Many social internet portals fall into this category. The popularity of Facebook can be partially explained by the huge number of people already using its services (an individual, thinking of joining a social network, would choose the one with the biggest number of friends already registered). The same situation exists with, for example, sales and auctions portals like the world famous eBay, or the Polish Allegro.

Taking into consideration these facts, the fastest way for the company to achieve success is by creating a wide spread of networks of individuals, or even better: to gain access to already existing networks - which will allow them to reach not one but thousands

20 W. Boczoń, Fotografujesz zakupy, a za godzinę masz je w domu, November 7/201 [online]. Bankier [access: 2013-11-20]. Available at: <http://www.bankier.pl/wiadomosc/Fotografujesz-zakupy-a-za-godzine-masz-je-w-domu-2982040.html>.

of individuals at the same time. This is the reason for the huge number of mergers and acquisitions in the contemporary world.

The effect of such actions taken by companies in the new reality is the customer lock-up effect. Customers, accustomed to one supplier, show a declining will to change provider. This is usually a consequence of the high level of switching costs, related to all the inconvenience the customer will experience when changing supplier (such as time, learning, financial expenses, finding and getting used to complementary products and many others). The customer lock-up effect makes clients more loyal toward a current provider and this strengthens the company's position on the market. As a result, the advantage gained from network participation again becomes relatively stable.

This also creates another, even more problematic phenomenon – problems with price setting. In the network economy, a set of cooperating individuals is needed. The bigger the number of partners, the bigger the chances of network success. The law of demand, however, relates the quantity of bought products to the price. The higher the price, the lower the demand. This seems to force managers to lower the price, maybe even to the extreme level of zero-pricing. The method is already used by many dot-coms (internet companies), giving free access to their platforms. If the most common platforms such as Twitter, Facebook, LinkedIn, or Goldenline were paid, a lower number of customers would probably use them and, in fact, the companies wouldn't be able to achieve network externalities, as well as such a predominant position on the market. The question here, therefore, is whether to gain direct profits from selling access to the service (the traditional business model allowing the earning of direct profits from property) or to try to find new profit sources for the company when allowing free access to products. The reality actually seems to force companies into giving free access to products for a chance to gain the whole market (according to the rule *winner takes all*). The idea of zero-pricing also seems to be supported by the supply side – meaning falling costs of data transfer and storage.

According to Moore's law (the number of transistors doubles every two years)²¹, and Gilder's theory (the cost of information will continually fall, finally reaching zero²²), setting a zero price on virtual products is very possible. This increases the possibilities of infringing property rights by sharing and storing illegal versions of virtual products. Technological changes seem to support the phenomena. Due to miniaturization, increased storage possibilities, raising computational capacities, downloading, transmitting and storing, pirate versions of software, books, movies or music are accessible to almost everyone possessing a personal computer or mobile phone²³. Common, cheaper,

21 Moore's Law [online]. Moore's Law [access: 2013-11-21]. Available at: <http://www.moorelaw.org>.

22 K. Kelly, *op. cit.*, p. 41.

23 J.M. Newman, *Copyright Freeconomics*, Vanderbilt Law Review 5/2013, p. 1409–1469.

and faster internet access, together with its mobility, make such exchanges easier, and increases the possibility of intellectual rights infringement. Furthermore, even the legal actions taken against individuals evidently infringing intellectual property rights are not able to completely eliminate the phenomena, as internet users creates new and more difficult to detect versions of file-sharing software.

The next significant problem for a network economy is actually the property right within the network. Nowadays, when solutions are created, modified, improved and changed by many different people and organizations, the problem of property rights can be really hard to solve. If a whole network of individuals creates a part of a final result, who is the actual creator of the final solution? All the cloud solutions (of increasing popularity) are examples of such problems, posing a question about the legal possession of everything that is placed in the cloud. The possibility to place data possessed by another company, and share it with others, poses a question about data protection and transfer of property rights between all the network users.

All the above-mentioned problems raise questions regarding the sense of intellectual property protection and the use of the traditional rules of profit making. Maybe the changes in the contemporary world are forcing companies as well as individuals to rethink their approach to intellectual property use and treat it not as a direct source of profits but as a tool for creating profits in an indirect way. Nowadays, many examples of such free-price sharing can be noticed. All the products under the GNU license are a good example of such behaviour²⁴. Creators give the right to use their products for free to some or all internet users. For individuals, it can be a way to gain popularity, to help other people or to become a leader of the community. For companies, this is more problematic, as the company is created for profits. In cases where it is decided to offer something for free, it loses the possibility to create income. Internet companies thus have to face the problem of combining the challenges of network externalities (related also to small or zero pricing) with the profit creation imperative. This leads them to create new business models, with new profit sources.

5. Property and profits in the new reality

An analysis of a means of profit creation in new conditions should be started with the zero-price model analysis. The problem has not drawn a lot of scientists' attention and is still not fully recognized²⁵.

Zero-pricing strategies were present in customers' lives mainly due to sales promotion actions. Free products, usually of smaller than normal size, were added to the main offer

24 H. Bond, *What's so Great About Nothing*, Michigan Law Review 12/2005, p. 547–571.

25 J.M. Newman, *op. cit.*, p. 1409–1469.

as an incentive to purchase. Its aim was to encourage people to buy the main offer. The actual price of the added product was included in the price of the main offer – taking into consideration not only the current but also future profits. The situation in the new sectors, however, forcing companies into price reduction, seems to be different. The free products are not just to be added to the main offer but to constitute the main offer itself.

The fundamental question here is how such zero-prices will be perceived by buyers. A high price is a sign of the higher quality of the offer. On the other hand, a price which is too low raises suspicions of low quality, informal sales, or of the product being outdated or fake²⁶. The last rule, however, cannot be applied to products which have always been sold for free²⁷. The research has also shown that freely offered products fall into different categorization rules. People start to qualify the exchanges as social contracts (not market contracts), which makes them fall into different behavior rules²⁸. This can lead to a limiting of the number of consumed items and changes the typical shape of the demand curve into a D letter shape (when the price reaches zero and the number of consumed items is significantly reduced due to social reasons). On the other hand, however, setting a zero price can lead to abuses associated with the extensive use of such goods, as happens with pollution of the natural environment when treating nature as a free and commonly accessible good²⁹.

In the virtual world, the zero price is somehow expected and well regarded by customers. Customers fall into the pattern where there is a significant increase in the number clients when the price reaches zero and a decrease when it raises. A zero-price is thus perceived as a value added element³⁰. People, when trying to find it, ignore some kinds of additional costs like opportunity, search costs, and attention³¹. This can be a justification for the acceptance of the proportions of price versus time. When buying official products, a customer reduces time but increases the price. By choosing an illegal source, the client has to spend more time searching and increases the risk of downloading something other than that which he or she expected³². Nevertheless, in many cases, customers seem not to notice these difficulties as finally, in their opinion, the offer is really free.

Facing these facts, managers try to fit their strategies to the changing conditions. The free price rule is also used by companies wanting to offer official products, with respect to intellectual property rights. This raises the question of finding new business models, (in-

26 Ch. Anderson, *Za darmo*, Kraków 2011, p. 64.

27 J.M. Newman, *op.cit.*, p. 1409–1469.

28 J. Heyman, D. Ariely, *Effort for Payment: A Tale of Two Markets*, *Psychological Science* 15/2004, p. 787.

29 J. Newmann, *op. cit.*, p. 1446.

30 K. Shampañer, N. Mazar, D. Ariely, *Zero as a Special Price: The True Value of Free Products*, *Marketing Science* 26/2007, p. 742–757.

31 K. Shampañer, N. Mazar, D. Ariely, *op. cit.*, p. 742–757.

32 Ch. Anderson, *op. cit.*, p. 75.

cluding new profit sources) that could be used in a situation where the company offers its products for free. The models have to be based on the indirect rule of profit making – not making customers pay directly for the company's product, but giving something for free. Some of the forms of such activities have already been used by 'real world companies', but nowadays they are also adopted in virtual reality.

One model is based on subsidizing free products with profits coming from selling other items, options or from other entities. Probably the most common model is based on advertising.

The content is supplied to the clients for free, but in return they have to agree to advertising-filled content. Information portals, web pages and social networks are based on this model. Even typical social networking portals such as YouTube or Facebook have started using it. Although the model seems to be clear and easy, it is not free of problems. The main question to be answered is the number of potential advertisers and the amount of money they are willing to pay for the advertising. The numbers directly influence the income level of the company. Furthermore, the brand association (portraying the portal as freely accessed and socially based) can prevent managers from placing advertising on such webs. Facebook is a good example of such problems, as it is a place perceived by people as a space to meet friends, but not to buy things or find information about offers. Nevertheless, this hasn't stopped companies from creating their own web-pages and placing their adverts. Moreover, an e-commerce Facebook application has already started to be used³³. In the model, the money spent on advertising comes back to the sponsor when the customers decides to buy the advertised product.

The model, though effective, cannot be used by all portals. Some of them (such as Wikipedia) are perceived to be genuinely social – created by people for people – and any attempt to mix them with profit-set advertising could weaken participants' willingness to get involved in their creation. Wikipedia, belonging to the Wikimedia Foundation (promoting free knowledge), is therefore forced to base its business model on donations and grants³⁴. Other organizations, however, try to replace donations with other sources of income. Another model therefore, is based on getting from people what they want to give for free (in return for the product) and using or selling it for the company's benefits³⁵. In this way Google provides the search tool for free, but gathers information on the individual search to use when placing adverts. The risk of the model is that the customer can feel cheated and their trust abused when discovering the real use of such information.

33 Free Facebook Store [online, access: 2013-11-20]. Available at: <http://www.ecwid.com/facebook-app.html>.

34 Wikipedia Foundation [online, access: 2013-11-20]. Available at: <http://wikimediafoundation.org/wiki/Home>.

35 Ch. Anderson, *op. cit.*, p. 37.

Another commonly used model is based on giving only a part of the offer for free, while making profits on the rest. The model is commonly used by e-books sellers as well as application and software suppliers. E-book sellers offer a part of the book for free (usually a shorter pdf version). The trial version is designed to introduce the customer to the book and encourage him to buy the full version. As the cost of data transferring and the marginal cost are very low (reaching zero), profits are thus created by people buying the full version. The commonly used practice of software sellers involves offering a basic software version for free, and making people pay for upgraded, complete, or extended forms of the product. The strategy helps somehow to combine the idea of achieving network externalities and profit making. The free version helps to create brand awareness, as well as decreasing the cost of change (by familiarising the client with the product) for the customer. On the other hand, customers willing to pay for the additional improvements are the source of profits for the company. In this strategy, the most questionable thing can be the price itself. It can be fixed (customers paying for access to the improved version) or variable (payment for a time, transfer, etc.). A variation of the strategy is often used by games producers, such as the Zynga Company, producer of the Farmville game offered as an application on Facebook. The game is offered for free, but players who want to gain access to extraordinary items and place them on their virtual farms, have to pay for it. The price set for such products is usually very low (a few dollars), but multiplied by thousands or millions of users, encouraged to use the game - due to network externalities - it can create a significant profit source for the company. Another example is Skype - offering the application for computer to computer calls for free, but making customers pay for phone to phone or computer to phone calls. Also, some TV, music and movie portals give limited access to their offers and make people pay for access in prime time, and with no time limits³⁶.

The same strategy has been used by some music artists, who noticed declining possibilities of making profits directly from selling music recordings, and decided to offer new music on the internet for free (like Polish singer Kuba Sienkiewicz, or British band Radio Head). The artists hoped to raise their popularity, make people come to their concerts, buy t-shirts, special music collections or any other additional items. The strategy can be treated as a sign of stopping fighting against pirating, which seems to be impossible to stop in the new reality.

The hope of future profits, can also be a motivation for pirating acceptance. Thanks to such pirating actions, companies can build brand awareness, and gain access to a wide range of customers. Gaining access to pirate versions of software can accustom the customer to the product, make him prize the product's features and encourage others to use it. This is then the basis for obtaining network externalities and customer lock-up. In

³⁶ For example: Darmowa Telewizja Internetowa [online, access: 2013-11-20]. Available at: <http://darmowatelewizjainternetowa.com..>

effect, in the case of imposing legal solutions which are more favorable for the company, or increasing income levels from local customers (making the official version affordable to the receiver), the company can hope to earn excessive profits, as the customers would probably choose their product. This can explain why, in some cases, infringement of intellectual property law can even be accepted by the author.

6. Conclusions

The information revolution has changed the competing conditions for all companies. Facilities in data transfer and storage have influenced company strategies and business models. The idea of possessing valuable resources and using them to earn profits directly from selling the products has become outdated in the new, virtual world. Companies, dependent on the huge number of network participants, are forced to share valuable resources rather than possess them. With limited access to resources, achieving network externalities becomes more difficult. Companies are thus forced to popularize their solutions, ideas and products – often at zero-price - to acquire the biggest number of supporters and in this way gain a competitive advantage over rivals. In some cases they are also willing to accept some form of intellectual property rights infringement, as in the long term it can increase their profits. Moreover, the legal protection of intellectual property in the contemporary conditions is really difficult with the use of already existing legal regulations. The pirating processes, with the use of new communication technologies, nowadays seems to be unrestrained, taking into consideration the pace of change in communication technologies.

The undergoing changes in companies' competitive environment pose a lot of questions about the sense of intellectual property protection. Some companies (such as Apple and Samsung) started a battle over patents, which finished in the courts and lead to the protection of even the smallest elements of their products. The battle seems not to have an end, and the whole buzz around it may even increase the popularity of the two companies. On the other hand, other firms resign from protection, giving their users full rights to use or even modify their products. There is no best solution to the problem, but the situation raises the question of whether the form and sense of intellectual property protection in the virtual world is appropriate.

Another unanswered question is related to profit-making and new business models created under the imperative of zero-pricing. Internet companies use several models for earning profits by earning from some additional products, options or people. Maybe the models of directly selling products to customers cannot be used any more, again supporting the thesis of not protecting the rights of the creator.

The questions posed here seems to have no answer yet. The problems defined in the article still haven't been sufficiently explored by scientists. The fast changing environment, so characteristic for virtual reality companies, makes the problem even harder to explore. New business models created on the internet are still insufficiently explored, exposing internet companies to serious risk. The phenomenon of zero-pricing has not been widely analyzed by scientists and constitutes a field for further research as well. The future reality will probably show how companies will cope with such competing conditions, and whether the strategies based on indirect income sources will appear to be effective. The future will also bring the answer to the question of forms of intellectual property protection in the networking age.

Biographical reference:

Anna Scheibe – Doctor of Economics at Adam Mickiewicz University, Faculty of Law and Administration, Department of Economic Sciences.

SUMMARY

Possession or sharing - the new rules of property management in profit making

The aim of the study is to evaluate the new rules of property management in profit making. The author analyse the notion of the property and its meaning for the profit creation process, changes in the contemporary business environment and creating competitive advantage in new conditions on the example of the use of intellectual property rights, property and profits in the new reality.

KEYWORDS: property management, profit creation process, management studies

PIOTR FURMANIAK

Особенности подхода к вопросу собственности в Приднестровской Молдавской Республике

Приднестровская Молдавская Республика (ПМР) является особым примером квази-государственного образования, схему действия которого можно объяснить общими для всего постсоветского пространства явлениями, такими как непрочность государственных институтов, значительная роль бизнес-структур в формировании общегосударственного экономического строя, а также особым подходом правителей к удерживаемой в их руках власти (некоторые исследователи называют такой подход неопатриархалистическим – эта тема раскрывается в продолжении статьи).

Как нетрудно догадаться, реализация принципов по ряду правовых вопросов, в том числе и вопросу права собственности, сталкивается с некоторыми затруднениями в ПМР. В настоящей статье автор предпримет попытку объяснить своеобразность восприятия собственности в ПМР.

Сравнивая статьи гражданского кодекса ПМР, касающиеся права собственности, в том числе интеллектуальной, с соответствующими положениями Хартии Европейского Союза об основных правах, складывается впечатление, что на самом деле они не так уж резко отличаются друг от друга. Если статья 17 Хартии гласит, что каждое лицо вправе иметь в своей собственности имущество, приобретенное законным путем, и никто не может быть лишен своей собственности, кроме как по соображениям общественной пользы. Примерно то же написано в ст. ст. 225 и 260 Гражданского кодекса ПМР, за исключением того, что в ст. 260, касающейся конфискации имущества, не указывается на общественную пользу конфискации, которая должна основываться лишь на соответствующем законе. Исходя из этого, нельзя не прийти к выводу, что, в сущности, государство вправе провести конфискацию, не оправдывая своих поступков никоим образом. В свою очередь, что касается права интеллектуальной собственности, то статья 260 вполне согласовывается с пунктом 2 статьи 17 Хартии и дает исключительное право гражданину или юридическому лицу на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации юридического лица

(наименование, товарный знак и т.п.). Что интересно, до сих пор в ПМР нельзя приобрести землю в частную собственность, поскольку, несмотря на попытки разработать проект концепции по введению права частной собственности на землю, соответствующий закон не введен. Мало того, имевший место в 2003 году референдум о введении собственности на землю признан властью Приднестровья несостоявшимся из-за участия в нем менее 50% населения региона. По мнению членов ЦИК ПМР, одной из главных причин того, что референдум не состоялся, стал недостаточный период разъяснительной работы – жители ПМР не успели определить свое мнение по этой теме, а также не умели правильно заполнять бюллетени, из которых сложно было понять, каким образом надо голосовать *за* или *против*, вследствие чего 4 тыс. 15 шт. бюллетеней оказались испорченными¹.

Как указано в продолжении статьи, действительность далеко не соответствует законодательству – в ПМР осуществляется крупных масштабов контрабанда поддельных продуктов (подделываются не только товарные знаки известных брендов, но и документы, указывающие на происхождение данного товара), а представители власти и крупного бизнеса нередко действуют вне закона.

Контрабандная торговля через Приднестровскую Молдавскую Республику является очень весомой проблемой не только с точки зрения соседей этой непризнанной республики – Молдовы и Украины, но, прежде всего с точки зрения региона в целом. Ссылаясь на вышеуказанные, общепринятые международные принципы, касающиеся права собственности, в том числе права интеллектуальной собственности, целесообразно перечислить перечень нелегальных экономических практик. В первую очередь необходимо обратить внимание на контрабанду поддельных продуктов. Ссылаясь на отчет Миссии ЕС по приграничной помощи Молдове и Украине (EUBAM) от 2007 года, больших масштабов продукцию табачных изделий обнаружено в одесском порту. Как указывается в отчете, составленном Центром Карнеги, такова деятельность пре-

¹ *Хартия Европейского Союза об основных правах [online]. Право Европейского Союза [Доступ: 2013-06-21]. Доступны на: <http://eulaw.ru/treaties/charter>>; Гражданский кодекс Приднестровской Молдавской Республики [online]. Официальный сайт Министерства юстиции ПМР [Доступ: 2013-06-21]. Доступны на: < <http://www.justice.idknet.com/web.nsf/767eb8a58ad76a2bc22574d5002acf15/f3bc6637e881c5b4c2257567002a7647!OpenDocument>>; Об официальном заключении Президента Приднестровской Молдавской Республики на доработанный, с учетом поправок, принятых Верховным Советом Приднестровской Молдавской Республики 5 октября 2005 года, Проект концепции введения частной собственности на землю [online]. Законы ПМР [Доступ: 2013-06-21]. Доступны на: < <http://zakon-pmr.com/DetailDoc.aspx?document=50369>>; А. Гудым, Приватизация в Приднестровье: риски и выгода [online]. Центр стратегических исследований и реформ 2006 [Доступ: 2013-06-21]. Доступны на: < <http://www.cisr-md.org/ROM/cont-transn-dec04-RUS.html>>; По предварительным итогам, конституционный референдум по вопросу введения частной собственности на землю признан несостоявшимся [online]. Олвия-Пресс [Доступ: 2013-06-21]. Доступны на: < <http://www.olvia.idknet.com/ol33-04-03.htm>>.*

имущественно свойственна крупному приднестровскому бизнесу. Здесь в частности указывается на компанию *Шериф*, которая осуществляет торговлю нелегальными, поддельными товарами при поддержке со стороны Таможенной службы ПМР. В упомянутом ранее отчете следующая ситуация объясняется тем, что компания Шериф была тесно связана с окружением бывшего президента республики, Игоря Смирнова (отчет был написан в июне 2011 года, т.е. за полгода до смены на посту главы республики). Кроме того, в отчете EUBAM указаны схемы незаконных поставок краденых автомобилей опирающиеся на фальшивые документы и идентификационные номера VIN. Такие схемы применяются преступными или квазипреступными организациями с целью избежания платежей в государственную казну Республики Молдова/Украины. Здесь нельзя не вспомнить о предпринятой Тираспольской властью инициативе проведения реформы маркировки товаров, которая, по крайней мере, на основе доступной информации, осталась в сфере деклараций². Бесспорно, продажа поддельных изделий является прямым нарушением норм регулирующих вопрос права интеллектуальной собственности.

Следующей практикой нелегального товарооборота является контрабанда, опирающаяся на схемы реэкспорта и псевдоимпорта. Первая из них заключается в том, что импортированные в ПМР блага вывозятся из приднестровской территории либо через границу с Украиной, прочность которой является настолько низкой, что вывоз через так называемую *зеленую границу* не вызывает больших проблем, либо на основе фальшивых сертификатов происхождения, благодаря чему товары пересекают границу как молдавские. Таким образом, лица, принимающие участие в этой схеме, избегают оплаты налога на добавленную стоимость (НДС на импортные товары в ПМР не существует), а в случае использования поддельных сертификатов, так же пошлины, так как между Украиной и Молдовой подписан договор о зоне свободной торговли³. Вторая схема – псевдоимпорт, – сводится к тому, что транзитные декларации оформляются таким образом, чтобы на бумаге Приднестровье (или какая-либо другая страна) явля-

2 *Annual Report, European Union Border Assistance Mission to Moldova and Ukraine, EUBAM 2007 [online]. EU Border Assistance Mission To Moldova And Ukraine [Доступ: 2013-06-16].* Доступны на: <http://www.eubam.org/en/knowledge/eubam_pubs/ar_2007>; *Prospects for Unfreezing Moldova's Frozen Conflict in Transnistria, Briefing by Matthew Rojansky Deputy Director, Russia and Eurasia Program Carnegie Endowment for International Peace, U.S. Commission on Security and Cooperation in Europe Washington, D.C. June 14 2011 [online]. Carnegie Endowment for International Peace [Доступ: 2013-06-16].* Доступны на: <<http://carnegieendowment.org/2011/06/14/prospects-for-unfreezing-moldova-s-frozen-conflict-in-transnistria/9kz>>; *Правительство Приднестровья решило маркировать товары по опыту Белоруссии, 3.10.2012 [online]. Новости Молдова [Доступ: 2013-06-16].* Доступны на: <<http://www.newsmoldova.ru/economics/20121003/192239548.html>>.

3 *Угода про вільну торгівлю між Кабінетом Міністрів України і Урядом Республіки Молдова [online]. Законодавство України [2013-06-21].* Доступны на: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/498_073>.

лось лишь транзитной территорией. В сущности, перевозимые грузы растворяются в декларированной транзитной стране. Необходимо отметить, что это очень опасное явление, в частности по отношению к пищевой продукции. Это связано с тем, что следующая схема предусматривает многократное пересечения границы, вследствие чего срок годности продуктов может истечь до того, как они попадут к потребителю⁴. Наглядным примером действия схемы реэкспорта являются поставки куриного мяса в ПМР. В свое время их масштаб в несколько раз превышал спрос на этот продукт в Приднестровье (размеры импорта превышали импорт куриного мяса в Молдову, население которой в 6 раз больше). Предполагается, что это было связано с дальнейшим реэкспортом в Украину. Надо отметить, что контрабандные перевозки товара осуществляются как хорошо организованными трансрегиональными преступными структурами, так и легальными бизнес-структурами и административными кругами⁵. Вышеперечисленные практики однозначно являются нелегальными, а некоторые из них, как, например подделка товарных знаков и сертификатов происхождения, в прямом смысле нарушают общепринятые нормы права собственности.

Марчин Косенковский объясняет вышеперечисленные явления, среди прочих, системными причинами, такими как: недостаточно контролируемая граница, законодательство ПМР, а также юридические лазейки в молдавском законодательстве, которые делают возможной и даже поощряют такую деятельность. Дальше Косенковский указывает на географический фактор: Приднестровье является естественной транзитной зоной, находящейся поблизости черноморских портов: Одессы и Ильичевска⁶.

Исходя из вышесказанного, можно прийти к выводу, что приднестровский участок молдово-украинской границы имеет свою специфику, которая заключается в том, что она является одним из факторов, детерминирующих существование этой непризнанной республики в ее нынешней форме. Здесь, чтобы понять колоссальную роль приднестровской границы, надо обратить внимание на структуру бюджета ПМР. Ссылаясь на официальные источники, за период 1996-2008 наблюдается довольно высокий бюджетный дефицит, причем интересно, что в период 2006-2008, то есть во время так

4 Мясо, привезенное в ПМР из Украины зачастую продается обратно в Украину.

5 M. Kosienkowski, *Naddniestrzańska Republika Mołdawska. Determinanty przetrwania*, Toruń 2010, С.54; M. Kosienkowski, *Ukraina wobec Naddniestrza*, Instytut Europy Środkowo – Wschodniej, Lublin 2009, С.29; Черный транзит, 09.08.2010, Международное агентство информационных расследований [online]. Международное Агентство Информационных Расследований [Доступ: 2012-12-27]. Доступны на: < <http://mair.in.ua/inquest/show/id/3558> >; Украинско – молдавская граница под наблюдением ЕС. Нелегальные поставки куриного мяса [online]. Мясной Рынок России [Доступ: 2012-12-27]. Доступны на: < <http://www.meat.su/?news/industry/details/4616> >; Придністрівська проблема: погляд з України, Група стратегічних та безпекових студій Київ 2009, С. 106.

6 M. Kosienkowski, *Nadnistrzańska...*, С. 52.

называемой экономической блокадой⁷ (по мнению некоторых исследователей, нельзя сказать, что Украина ввела блокаду, так как это Тирасполь перестал торговать с Киевом из-за правовых изменений в Украине), дефицит увеличился в разы по сравнению со средней из предыдущих лет и составил от 21,3 до 33,7 процентов общего притока денежных средств в бюджет. Это показывает насколько важной являлась внешняя торговля через границу с Украиной для состояния приднестровского бюджета, тем более если учесть факт, что прибыль от экспорта составляла от 72,1 до 164,7 процентов приднестровского бюджета в период с 1996 года по 2008 год⁸. В то же время крупнейший завод Приднестровья – ММЗ в Рыбнице, является самым крупным приднестровским экспортером и его доля в общем экспорте ПМР составляет 60 процентов. Принимая во внимание факт, что продукция рыбницкого завода является в высочайшей степени конкурентоспособной, многие получатели рыбницких прокатных изделий из стран СНГ лоббировали, чтобы приднестровский участок границы был как можно более проходимый. На сегодняшний день относительно свободный экспорт из ПМР возможен, поскольку граница по-прежнему не контролируется в достаточной степени.

Очередная особенность приднестровской экономики, и, следовательно, один из факторов, влияющих на формирование своеобразного подхода к идеи частной собственности, это способ функционирования больших приватизированных частных предприятий и их отношения с властью. Она заключается в том, что власть обеспечивает для себя поддержку со стороны крупного бизнеса, как правило, российского и украинского происхождения, распределяя государственную собственность. Это значит, что в таком случае власть является своего рода ресурсом, используемым для улаживания внутренних отношений бюрократических элит, или аппарата власти, с другими влиятельными группами, в том числе бизнес-элитами и легитимизации, таким образом, своего правления. В таком понимании государство воспринимается его правителями как их частная собственность – в социологических науках такое явление принято определять термином неопатримониализма, и оно тесно связано с постсоветским наследием, и вытекающими из него трудностями в формировании государственных институтов на основе западноевропейских принципов⁹.

Согласно определению А. Аличиана, собственность заключается в предоставлении конкретным индивидам полномочий любым способом использовать конкретные блага из класса дозволенных способов их использования. Надо учесть, что на постсоветском пространстве утверждение отношений частной собственности находится в своей

7 В 2006 году Украина начала принимать исключительно таможенные печати выдаваемые Кишиневом и в связи с этим Тирасполь почти полностью прекратил товарооборот с Украиной и Молдовой.

8 М. Kosienkowski, *Naddniestrzańska...*, С. 36, 38.

9 А. Фисун, *Постсоветские неопатримониальные режимы: генезис, особенности, типология*, в *Отечественные записки*, том 39, 6/2007), С. 8–28.

первоначальной стадии. В большой степени это связано с тем, что в постсоветских странах формирование ценностей и знаний о развитии общества происходит спонтанно. Исходя из этого, учитывая воздействие среды, в этих странах происходят частые видоизменения прав собственности. На постоянную мутацию институтов влияет ряд факторов, в том числе такие элементы советского наследия как мораль общества и насильственное перераспределение активов. Среди модифицирующих факторов нельзя не отметить реализацию личностных интересов определенных групп, которые не всегда совпадают с коллективными или государственными интересами – лица, таким образом, реализующие свои интересы, определяются в науке либо как институциональные, либо политические предприниматели. Для них характерно то, что они склонны лоббировать в пользу выгодных для себя правовых изменений. Некоторые комментаторы и исследователи внутренних отношений власть-бизнес в ПМР, намекают на то, что именно в этом ключе произошла приватизация Рыбницкого ММЗ – благодаря ей удалось легализовать захват государственной собственности структурами теневой экономики, в том числе из-за пределов региона¹⁰.

Здесь надо перейти к анализу своеобразия подхода к собственности в ПМР через призму неопатримониализма. По определению М. Вебера, патримониализм встречается тогда, когда управленческие полномочия используются в качестве частных экономических возможностей, что приводит к ситуации, в которой политическое управление рассматривается как частное предприятие и полномочия с ним связанные являются источником дохода¹¹.

Согласно типологии, представленной А. Фисун, выделяются 3 основных типа неопатримониальных режимов: те, в которых центр отделяется и независим от периферии, в нем концентрируются политические, экономические и символические ресурсы власти; те, в которых государство является частным владением приватизирующих его групп; а также те режимы, в которых большую роль в определении экономических отношений играют семейные, этнические и клановые связи¹².

Приднестровское квазигосударство, по мнению автора, однозначно принадлежит ко второму разряду неопатримониальных режимов. Аргументом в поддержку такого тезиса являются патронажные услуги власть-бизнес, заключающиеся хотя бы в приватизации государственных предприятий или в неофициальной поддержке контрабандной торговли и других незаконных экономических схем со стороны государства. Таким образом, государственное благо, распределяемое как частная собственность правящих

10 А. Фисун, *Постсоветские...*, С. 8-28.; И.И. Малый, Реализация прав собственности и эффективность постсоветской экономики [online]. WEB ИРБИС [Доступ: 2013-06-21]. Доступны на: < <http://ir.kneu.edu.ua:8080/bitstream/2010/1511/1/Malyi.pdf> >; А. Гудым, *Приватизация в Приднестровье*.

11 M. Weber, *Economy and Society, An Outline on Interpretive Sociology*, ред., G. Roth and C. Wittich, Berkeley University of California Press 1978, С. 236.

12 А. Фисун, *Постсоветские...*, С. 8–28.

групп, является инструментом легитимизации власти, что также сказывается на особенностях подхода к вопросу собственности в ПМР, из чего следует, что государство, олицетворяемое бюрократическими элитами, а также бизнес-элитами, склонно управлять благами даже вопреки действующему в этой непризнанной республике закону.

Биографическая аннотация:

Piotr Furmaniak – студент русско-украинской филологии в Университете им. Адама Мицкевича в Познани, магистр востоковедения (специальность: Россия и Восточная Европа) на историческом факультете Университета им. Адама Мицкевича в Познани. Научные интересы: международные отношения, история Восточной Европы, общественные процессы на постсоветском пространстве, дипломатия, языкознание.

SUMMARY

The peculiarities of property rights in the Republic of Moldova

The aim of the study is to evaluate the peculiarities of the right to property in the Republic of Moldova. The author focus on the property rights law system of the Republic of Moldova with a special emphasis on the fragility of state institutions and the significant role of businesses environment.

KEYWORDS: Republic of Moldova, property rights, civil law

Некоторые международно-правовые аспекты режима Арктики

1. Арктика – это часть земного сфероида, центром которого обозначен Северный географический полюс, а крайней границей – Северный полярный круг (параллель 66°33' северной широты)¹. Арктика включает в себя окраины Евразии, Северной Америки и Северный Ледовитый океан. Россия, Канада, США, Норвегия и Дания (из-за о. Гренландия) являются *арктическими прибрежными государствами* – их побережье выходит к Северному Ледовитому океану (здесь они имеют свои внутренние воды, территориальное море, исключительную экономическую зону, континентальный шельф). От арктических прибрежных государств следует отличить *арктические государства*, к которым кроме названных пяти, относят еще Финляндию, Исландию и Швецию². Их территория пресекается Северным полярным кругом. Перечисленные государства являются членами Арктического Совета. Декларация об учреждении Арктического Совета была принята в Оттаве 19 сентября 1996 г. и стала самым главным документом, касающимся сотрудничества в Арктике в сфере охраны окружающей среды и устойчивого развития региона.

2. Статус Арктики определен широким комплексом сложившихся международно-правовых норм, прежде всего международным обычным правом, а также национальными законами арктических государств. Основным принципом при решении проблемы правового режима Арктики следует считать секторальный принцип³. Согласно концепции полярных секторов⁴ неотъемлемой частью территории государства, побережье

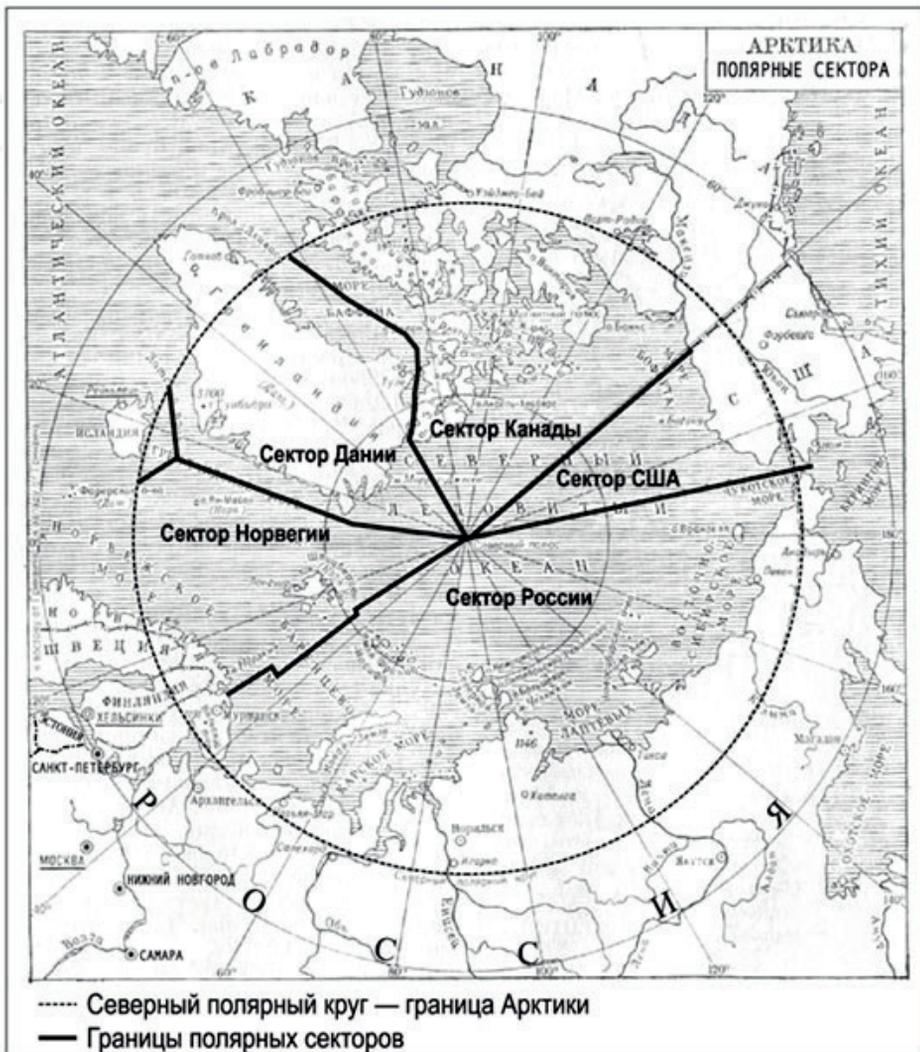
1 А.Н. Вылегжанин, ред., *Правовой режим Арктики Международное право*, Москва 2012, С. 180.

2 Список *арктических государств* можно найти в международном договоре Стратегия защиты окружающей среды Арктики от 14 июня 1991 г.

3 П.Д. Бараболя, С.А. Гуреев, Л.А. Иванашенко, Б.М. Клименко, М.И. Лазарев ред. и др., *Современное международное морское право. Режим вод и дна Мирового океана*. Москва 1974, С. 187.

4 В соответствии с доктриной *арктический полярный сектор* – это *пространства в пределах установленных линий, проведенных от Северного полюса до северных сухопутных границ данного государства*.

которого выходит к Северному Ледовитому океану, являются земли, в том числе земли островов, к северу от материкового побережья такого государства в пределах сектора, образованного данным побережьем и меридианами, сходящимися в точке Северного полюса и проходящими через западную и восточную оконечности такого побережья. В юридической литературе много раз отмечалось, что пределы арктических секторов не являются государственными границами, равным образом подводные, ледяные и водные пространства за границей территориального моря в пределах таких секторов не входят в состав государственной территории. Что же касается прав арктических государств в этих секторах, то они осуществляют целевую юрисдикцию в части, ка-



сающей оборонных, экономических и природоресурсных интересов. Сектор – это, прежде всего зона реализации исторически сложившихся прав⁵.

Секторальный принцип впервые был обозначен Департаментом внутренних дел Канады в 1904 г., когда он издал карту Канады, в которой западные и восточные границы Канады были показаны по меридианам 60° и 141° З.Д., соответственно, вплоть до Северного полюса. В национальном законодательстве свои права на арктический сектор Канада установила в 1907 г. законом О северо-западных территориях (The Northwest Territories Act). В 1925 г. в соответствии с принятыми поправками к нему Канада установила, что для осуществления деятельности в пределах канадского арктического сектора, в том числе в целях разведки и разработки природных ресурсов, требуются соответствующие разрешения канадских властей. В заявлениях должностных лиц Канады, а также в международно-правовой доктрине неоднократно разъяснялось, что этот сектор определяет пределы, в которых находятся канадские арктические материковые земли и острова, а также канадский континентальный шельф в Северном Ледовитом океане. С 1972 г. к этому добавился закон, устанавливающий обязательные требования к мореплавателям, направленные на предотвращение загрязнения морской среды в пределах вод канадской Арктики.

Россию принято называть вторым после Канады арктическим государством, которое распространило свои территориальные притязания на арктический сектор. Уже царские указы 1616–1620 гг. и сенатский Указ 1821 г. предусматривали ряд исключительных прав России в некоторых районах Арктики. О своих неотъемлемых правах на сухопутные образования, расположенные в омывающих ее северное побережье водах Северного Ледовитого океана, Россия впервые четко заявила нотой МИД от 4 сентября 1916 г. В этом дипломатическом документе от имени российского правительства сообщалось о включении в состав территории России земель и островов, открытых экспедицией Вилькицкого в 1913–1914 гг., а также одновременно подтверждалась принадлежность России ранее открытых островов⁶. Постановлением Президиума ЦИК СССР 1926 года Об объявлении территорией Союза ССР земель и островов, расположенных в Северном Ледовитом океане было провозглашено право СССР на все земли и острова, открытые и еще не открытые, в пределах устанавливаемых географических границ. Исключение было сделано для восточных островов Шпицбергенского архипелага, принадлежность которого Норвегии была определена Парижским договором о Шпицбергене 1920 года. Советская Россия не была приглашена для участия в разработке этого договора. СССР присоединился к нему только в 1935 году и заявил о признании принадлежащими Норвегии,

5 М.Н. Копылов, *О правовом режиме Арктики*, Правовая инициатива 12/2013; А.Н. Вылегжанин, ред., *Правовой режим...*, С. 183.

6 П.Г. Паламарчук, *Международно-правовой режим морей советского сектора Арктики*, *Международное право и международный порядок*, Москва 1981, С. 115, 116.

расположенных в Баренцевом море островов, лежащих между меридианами 32° и 35° восточной долготы. В 1979 г. Указом Президиума Верховного Совета СССР граница, разделяющая континенты Азию и Америку, была смещена к западу до меридиана 168°58'49,4" западной долготы.

Так родилась концепция арктических секторов, согласно которой обладающее арктическим побережьем государство имеет особые права в своем секторе. Другие арктические государства не пошли по этому пути и специальных актов по арктическим районам, прилегающим к их территории, не принимали. Однако законодательство этих государств распространяется на арктические районы. Соответствующие вопросы регулируются их законами о континентальном шельфе, экономической зоне и другими.

3. Концепция арктических полярных секторов, будучи наиболее известной, понятной и на практике последовательно применяемой Канадой, СССР и до известного времени Россией, не является вместе с тем единственной. Необходимо подчеркнуть, что эта концепция, получившая признание на уровне норм обычного международного права, являлась самой главной до начала практической разведки и разработки природных ресурсов Арктики. В этот момент (конец XX в.) повышенным вниманием, в том числе и в России, начинает пользоваться концепция интернационализации Арктики. Она основывается на том, что Арктика находится в общем пользовании всех государств мира или является общим наследием человечества; или что следует отказаться от исторически сложившихся прав Канады и России в Арктике и все право, применимое к дну Северного Ледовитого океана, свести к Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.; или что Арктика является *ничейным* пространством. Нормами общего международного права ни одна из этих идей не подкреплена.

4. Проблема юридического статуса Северного Ледовитого океана выводится из разных подходов к определению этого участка земного шара. С одной стороны, он может рассматриваться как открытое море, со всеми вытекающими из этого понимания международно-правовыми последствиями. С другой стороны, Северный Ледовитый океан в своей значительной части представляет ледяную поверхность, а посему может рассматриваться как особый вид государственной территории пяти прилегающих стран, которые и разделили океан на полярные сектора, а все земли и острова, а также ледяные поверхности, находящиеся в пределах полярного сектора той или иной страны, входят в состав государственной территории.

При обсуждении правового режима Арктики особое внимание должно быть уделено правам арктических государств на недра дна Северного Ледовитого океана. Именно эти права вызывают больше всего споров. К настоящему времени юридически не оспариваются права пяти арктических государств на 200-мильные районы дна Северного Ледовитого океана и поверх лежащие водные и ледовые пространства, но по вопросу о статусе прилегающих к северному полюсу районов, в том числе районов шельфа – за этим 200-мильным расстоянием, высказаны разные точки зрения на

официальном уровне и в юридической литературе⁷. В основном они сводятся к двум аргументированным позициям:

- первая: Арктику следует приравнять к любому другому району мирового океана, соответственно, она должна быть одним из многих объектов Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.;
- вторая: Арктика вообще не была специальным объектом рассмотрения III Конференции по морскому праву. Правовой режим Арктики сложился задолго до принятия Конвенции 1982 г. и главное в содержании этого режима, – это общее международное право, его обычные нормы, сложившиеся вследствие согласия международного сообщества с практикой, национальным законодательством арктических государств.

Носители первой позиции – США, Япония, Германия и другие страны, – заявляют о необходимости применения к Северному Ледовитому океану Конвенции ООН по морскому праву 1982 г.⁸. В настоящее время Конвенция 1982 г. это основной правовой документ по морскому праву. Она ратифицирована 166 странами⁹. Также те страны, которые не ратифицировали Конвенцию (такие, как, например Соединенные Штаты Америки)¹⁰, и даже не подписали (например, Турция), определяют это соглашение как кодификацию обычного морского права и опираются на его положения¹¹. Как известно, ст. 38 Венской конвенции о праве международных договоров допускает ситуацию, в которой норма международного договора становится обязательной для третьего государства в качестве обычной нормы международного права. Конвенция 1982 года имеет преимущественную силу перед Женевскими конвенциями 1958 года (естественно, только между участниками конвенции 1982)¹². Необходимо подчеркнуть, что Женевские конвенции 1958 года продолжают действовать и для участников конвенции 1982 года в их взаимоотношениях с теми государствами, которые не присоединились

7 А.Н. Вылегжанин, ред., *Правовой режим...*, С. 192.

8 А.А. Ковалев, *Международно-правовой режим Арктики и интересы России*, в С.В. Бахина, ред., *Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы*, Санкт-Петербург 2007, С. 225.

9 Список 166 стран по состоянию на 29 октября 2013 на сайте ООН - http://www.un.org/Depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm

10 19 государств подписало Конвенцию, но не ратифицировало ее: Афганистан, Бурунди, Бутан, Доминиканская республика, Иран, Камбоджа, Колумбия, Ливия, Лихтенштейн, Малави, Объединенные Арабские Эмираты, Руанда, Сальвадор, Северная Корея, США, Таиланд, Центральнаяафриканская Республика, Эфиопия.

11 D.R. Bugajski, *Prawa żeglugowe okrętu w świetle prawa międzynarodowego*, Варшава 2009, С. 20.

12 Конвенции: о территориальном море и прилегающей зоне, об открытом море, о рыболовстве и охране живых ресурсов открытого моря и о континентальном шельфе, принятые на I Конференции ООН по морскому праву, состоявшейся в Женеве с 24 февраля по 27 апреля 1958 г.

к конвенции 1982 года. Конвенция ООН по морскому праву регулирует вопросы использования и эксплуатации вод, определяет правовой статус различных морских пространств, обязывает все прибрежные государства принимать меры по защите окружающей среды (часть XII – Защита и сохранение морской среды).

Конвенция различает несколько морских пространств:

- внутренние воды;
- территориальное море;
- прилежащая зона;
- исключительная экономическая зона;
- континентальный шельф;
- открытое море¹³.

В учебниках и других научных исследованиях по международному праву сторонники позиции, в соответствии с которой Арктика должна быть одним из многих объектов Конвенции по морскому праву, параграф *Арктика* рассматривают не в главе о территории, а в главе о международном морском праве¹⁴. Кажется, что это неправильный подход. В большинстве русских (и не только) учебников *Арктика* является частью главы касающейся территории¹⁵.

Позицию, в соответствии с которой Арктику следует приравнять к любому другому району мирового океана, подвергается вполне обоснованной критике. Она не учитывает юридически значимый фактор – признание большинством государств наличия исторически сложившихся правооснований в Арктике, которые представляют международно-правовую основу реализации арктического законодательства Канады и России. В соответствии с этой позицией, применимое к разграничению в Арктике международное право искусственно сужается, сводится только к ст. 76 Конвенции 1982 г¹⁶.

13 Д.В. Иванов, О.В. Гликман, *Международное право: основные понятия, схемы, таблицы, документы*, Москва 2010, С. 346.

14 В.И. Кузнецов, Б.Р. Тузмухамедов, ред., *Международное право*, Москва 2007, С. 609–612.

15 А.Н. Вылегжанин, ред., *Международное право*, Москва 2012; Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова, отв ред., *Международное право*, Москва 2005; А.А. Ковалева, С.В. Черниченко, ред., *Международное право*, Москва, 2006.; Л.Н. Шестакова, ред., *Международное право*, ред., Москва 2005; Г.В. Игнатенко, О.И. Тиунов, отв. ред, *Международное право*, Москва 2006.; M.N. Shaw, *International Law*, Fourth Edition, Cambridge University Press 1977; R. Bierzanek, J. Symonides, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2005; W. Góralczyk, S. Sawicki, *Prawo międzynarodowe publiczne*, Warszawa 2013 и др.

16 Ст. 76 Определение континентального шельфа: 1. *Континентальный шельф прибрежного государства включает в себя морское дно и недра подводных районов, простирающихся за пределы его территориального моря на всем протяжении естественного продолжения его сухопутной территории до внешней границы подводной окраины материка или на расстояние 200 морских миль от исходных линий, от которых отмеряется ширина территориального моря, когда внешняя граница подводной окраины материка не простирается на такое расстояние(...).*

Вторая позиция, касающаяся правового режима Арктики, является более правильной. Как было уже замечено, в соответствии с этой позицией Арктика вообще не была специальным объектом рассмотрения III Конференции по морскому праву. Ее правовой режим сложился задолго до принятия Конвенции 1982 г., и главное в содержании этого режима – это общее международное право, его обычные нормы, сложившиеся вследствие согласия международного сообщества с практикой и национальным законодательством арктических государств.

Несомненно, что многие положения Конвенции 1982 г. (о свободах открытого моря, о сохранении морских живых ресурсов, о мирном проходе через территориальное море и др.) отражают обычные нормы международного права. Они сложились задолго до разработки этой Конвенции и в этом качестве являются для государства обязательными¹⁷ независимо от того, участвует или не участвует это государство в Конвенции по морскому праву. Положения ст. 76 не являются обычными нормами международного права. Нет и доказательств того, что воля арктических государств состояла в согласии применять к Арктике географические критерии, предусмотренные ст. 76. Воспоминания членов делегации *группы трех, группы пяти* показывают, что существовало намерение арктических государств не допускать, чтобы Арктика стала объектом рассмотрения III Конференции ООН по морскому праву¹⁸. Применение ст. 76 приводит к конфликту между Конвенцией 1982 г. и исторически сложившимися правами государств в Арктике, которые зиждутся на обычном международном праве.

С объективной точки зрения, секторальное разграничение континентального шельфа в Северном Ледовитом океане, прежде всего, соответствует интересом России и Канады. Но и для других арктических государств это самое разумное решение. Надо еще раз подчеркнуть, что до сих пор не все арктические государства (США) ратифицировали Конвенцию 1982 г. США заявляют притязания на арктические недра к северу от Аляски до 600 морских миль. Не будучи участником Конвенции 1982 года, США не обязаны ограничивать свои права на континентальный шельф за пределами, установленными в ст. 76 Конвенции 1982 г. в 350 морских миль. США, как участник Конвенции о континентальном шельфе 1958 г., вправе осуществлять над таким шельфом суверенные права в целях разведки и разработки его естественных богатств значительно дальше – *до такого места, до которого глубина покрывающих вод позволяет разработку естественных богатств этих регионов* (ст. 1 Конвенции), т.е. в перспективе до Северного полюса.

5 Более пристальный взгляд на режим Арктики приводит к выводу, что ее статус определен широким комплексом сложившихся международно-правовых норм, прежде всего международным обычным правом. Сложившийся в течение столетий правовой

17 О.Н. Хлестов, *Международно-правовые проблемы Мирового океана*, Международная жизнь 2/1975.

18 А.Н. Вылегжанин, ред., *Правовой режим...*, С. 200.

режим деятельности в Арктике основывается на практике арктических государств по применению своего национального законодательства, особенно природоохранного, в ледовых, надледных, подледных и водных районах Северного Ледовитого океана, примыкающих к их побережью. Эти же государства несут первоочередную ответственность за сохранение окружающей среды Арктики. Не корректно эту широкую международно-правовую базу подменять только Конвенцией 1982 г.

При решении вопросов о границах континентального шельфа Арктики должны исполняться обычные нормы международного права о делимитации между государствами континентального шельфа, а также как *lex specialis*, нормы о границах в Арктике, предусмотренные в международных договорах: российско-английская конвенция 1825 г.¹⁹, российско-американский договор 1867 г.²⁰, Парижский договор 1920 г.²¹.

Биографическая аннотация:

Urszula Moskwa – аспирантка кафедры международного права МГИМО (Университет) МИД России, получившая в текущем году стипендию British Petroleum. Выпускница юридического факультета Университета им. А. Мицкевича в Познани, Европейской дипломатической академии в Варшаве и Постуниверситетского образования по международному праву и заграничной службе Варшавского университета. Научные интересы: международное право (особенно международное морское право), энергетическое право, культура России, путешествие, кино, спорт (теннис, плавание и сноуборд).

SUMMARY

Selected international aspects of Arctic legal regime

The aim of the study is to evaluate the selected international aspects of Arctic legal regime. The author presents the Arctic as a land of special feature because of its location. The author focus on the selected law acts, regulating its status.

KEYWORDS: Arctic legal regime, international law

19 Англо-русская конвенция 1825 года – конвенция между Россией и Великобританией о разграничении их владений в Северной Америке (в Британской Колумбии).

20 Вашингтонский Договор (Русско-американский договор, Аляскинский договор) 1867 г. двухсторонний договор между Россией и США о продаже Аляски и Алеутских островов за 7,2 млн. долларов. Подписан 30 марта 1867 года в Вашингтоне. США приобрели у России 1,5 млн. кв. км территории на северо-западной оконечности Северной Америки. Аляскинский договор подтверждал линию границы между Аляской и Канадой, зафиксированную британско-русским договором (1825).

21 Парижский договор 1920 г. - подписан 9 февраля в Париже, определил международно-правовой статус архипелага Шпицберген.

ALEKSANDRA ŁOPIŃSKA

Материальное положение, класс, раса. Частная собственность как фактор, регулирующий современные социальные дифференциации

В самом широком смысле этого слова частная собственность может определяться как все то, что находится в личном владении собственника – непубличного лица. Согласно формулировке, содержащейся в польском законодательстве,

в рамках, определенных законами и принципами общественного сосуществования, владелец может, за исключением иных лиц, пользоваться вещью в соответствии с социально-экономическим предназначением своего права, в особенности получать пользу и иные доходы от использования вещи. В тех же самых рамках он может вещью распоряжаться [ст. 140 Ustawy Kodeks Cywilny (Польский Гражданский Кодекс)]¹.

В этой формулировке указаны две области, для которых идея частной собственности (независимо от того, принимается ли она или отвергается) имеет ключевое значение: общественный порядок и экономика.

Исходным положением данной работы является стремление отмежеваться от экономических следствий полного или частичного принятия или отвержения концепции частной собственности, в пользу более глубокого анализа влияния, какое оказывает она на современные взаимоотношения в обществе. Иначе говоря, – каким образом складываются естественные и неестественные отношения между группами, выделяемыми на основании дифференцированного экономического статуса их членов. Разделение на *более богатых* и *более бедных*, осуществляемое на основании субъективной оценки наличествующего имущества отдельных личностей, является очевидным и принимаемым показателем дифференциаций внутри любого человеческого коллектива. Однако ситуация, в которой общественная мобильность нарушена, а проведенные таким об-

¹ Dz. U. 1964. № 16, Ст. 93.

разом границы становятся непроницаемыми или таковыми считаются, находится уже в категории нежелательных явлений, или даже – в крайних случаях – патологических. Речь идет о том моменте, в котором в общественных позициях и действиях можно усмотреть явную линию, связывающую восприятие частной собственности (и особенно ее распределение) с созданием классовых и расовых дифференциаций.

1. Проблема оценки частной собственности

Полемика на тему института частной собственности продолжается как минимум со времен античности. И если Платон считал ее источником страданий, являющихся следствием несправедливого раздела благ, то его ученик и критик – Аристотель – обращал внимание на бесспорно положительные свойства собственности, усматривая в ней, кроме всего прочего, источник различных добродетелей, в том числе рассудительности и ответственности². Дискуссия по этому вопросу развивалась с течением времени, привлекая к себе внимание публицистов и философов и сегодня. Джон Локк в своих рассуждениях, касающихся этики и политики, затрагивает вопрос о трех основных правах человека, к которым он относит – наряду с правом на жизнь и свободу – также право на собственность (в значении частной собственности)³. С другой стороны, хотя сегодня охотнее всего и цитируют трактат Об общественном договоре Жан-Жака Руссо с 1762 г., в котором автор представляет эскиз своего проекта общества, основанного на свободе и уважении права собственности, стоит отметить, что именно он, семью годами ранее, писал:

Первый, кто огородил клочок земли, осмелился сказать: *эта земля принадлежит мне*, и нашёл людей, которые были настолько простодушны, чтобы поверить этому, был истинным основателем гражданского общества. Сколько преступлений, сколько войн, сколько бедствий и ужасов отвратил бы от человеческого рода тот, кто, вырвав столбы или, засыпав рвы, служившие границами, воскликнул бы, обращаясь к людям: [*Берегитесь слушать этого обманщика! Вы погибли, если забудете, что плод принадлежит всем, а земля – никому!*] (...)⁴.

В истории новейшего времени произошло идеологическое и политическое столкновение двух систем: одна из них была основана на частной собственности, а вторая ста-

2 J. Waldron, *Property and Ownership*, Stanford Encyclopedia of Philosophy.

3 Позднее Иммануил Кант, формулируя проект частного права, признает собственность фундаментальным институтом. См. O. Höffe, *Mala historia filozofii*, Warszawa 2004, С. 140 и 168.

4 O. Höffe, *Mala historia...*, С. 151.

ралась ее исключить. Идейным вдохновителем этой последней был, главным образом, Карл Маркс, утверждавший, что *частная собственность сделала нас столь глупыми и односторонними, что какой-нибудь предмет является нашим лишь тогда, когда мы им обладаем*⁵, а коммунизм есть *положительное выражение упразднения частной собственности*⁶. В свою очередь сторонники и популяризаторы либеральной, а позднее неолиберальной мысли, на которой основана современная капиталистическая система, неизменно провозглашают противоположное. Здесь можно упомянуть хотя бы Людвиг фон Мизеса, который утверждал, что

если история могла бы нас хоть чему-нибудь научить, то несомненно тому, что ни один народ не создал высшей цивилизации без уважения права на владение частной собственностью⁷.

Парадоксом этого многовекового спора является факт, что практически все, что в нем участвовал, отчасти были правы. Радикальные различия в позициях являются результатом принятия отдельными мыслителями отличных друг от друга исходных пунктов для дальнейших рассуждений. Это очевидно, что мы придем к диаметрально противоположным эффектам, рассматривая проблему частной собственности в контексте *социальной справедливости и эффективности управления* (при этом стоит подчеркнуть, что оба этих термина сами по себе спорны и неоднозначно определены). Сложность вопроса склоняет нас к тому, чтобы отойти от оценки как самой собственности, так и концепции ее полного принятия или же частичного или полного отрицания. Здесь просто-напросто нет однозначно *хороших* или *плохих* решений, а сам факт, что определенный общественный порядок или экономическая система подвергаются сомнению представителями некоторых интеллектуальных кругов, не означает автоматически, что он *неверен*. И хотя крайне трудно, если не невозможно, полностью отделить какие-либо современные размышления относительно роли собственности от трудов мыслителей, занимавшихся этим вопросом не одну тысячу лет, в данной работе мы будем избегать определения каких-либо концепций или течений в истории экономической или философской мысли главенствующими. Дело не в том, чтобы представить проблему социальных дифференциаций с перспективы марксистской или неолиберальной мысли, а в том, чтобы указать некоторые – часто шокирующие – спо-

5 K. Marks, *Kapital*, Warszawa 1951, С. 581.

6 K. Marks, *Kapital*, С. 575.

7 W. Walicki, Jeśli historia mogłaby nas czegokolwiek nauczyć, to niewątpliwie tego, że żaden naród nie stworzył wyższej cywilizacji bez poszanowania prawa do posiadania własności prywatnej [online]. Instytut Misesa [Доступ: 2013-06-21]. Доступны на: <http://mises.pl/blog/perfect-quotes/jesli-historia-moglaby-nas-czegokolwiek-nauczyc-to-niewatpliwie-tego-ze-zaden-narod-nie-stworzyl-wyzszej-cywilizacji-bez-poszanowania-prawa-do-posiadania-wlasnosci-prywatnej>>.

события восприятия *качества* определенных групп людей сквозь призму накопленной ими частной собственности.

Надежными можно в этой ситуации исходно признать не оценочные суждения, а факты. Трудно полемизировать с утверждением, что исторически превалировали и были более предпочтительными такие способы общественной организации, которые все же признавали институт частной собственности – мы обнаружим ее и в традиционных экономиках, при феодализме, в различных вариантах свободного рынка и, наконец, также в качестве дополнения (даже если неофициально и маргинально, как это имело место в СССР) плановой экономики. С точки зрения эффективности управления крупными общественными группами признание частной собственности приносило в долгосрочной перспективе гораздо лучшие результаты, чем ее отрицание. Также фактом, весьма очевидным и имеющим долгую историческую традицию, является формирование межгрупповых дифференциаций именно на основании имущественного критерия, а также введение на той же основе категоризации на *тех, что лучше* и *тех, что хуже*, о чем мы будем говорить ниже.

2. Частная собственность, класс, раса

Признание частной собственности обуславливает выделение *более богатых* и *более бедных* групп, что является логическим следствием ограниченных ресурсов в экономике (как мировой, так и национальной). Другим, с социологической точки зрения более важным последствием приватизации материальных благ становится распространение в общественном мнении убежденности в личной ответственности за собственный материальный статус. Иными словами, в ситуации, когда это не коллектив и не государство, а личность в большей степени отвечает за накопление и управление собственностью, то исключительно на ней лежит обязанность обеспечить для себя соответствующий уровень жизни, и только она должна нести ответственность за последствия упущений в этом вопросе. Это упрощенное убеждение приносит некоторое искажение действительности – все же не всегда количество собранной в частных руках собственности является функцией интеллектуальной предрасположенности, образования или работоспособности владельца. Это порождает двойственный антагонизм: среди самых бедных часто появляются голоса, что богатые *разбогатели* нечестным путем (*почему они имеют больше, если они не работают больше нас*), и наоборот, – люди состоятельные нередко относятся к более бедным как к неспособным или слишком ленивым, чтобы обеспечить себе экономический успех (*если бы умели и хотели, могли бы иметь больше*).

Подобные межгрупповые антагонизмы, хотя и проблематичны, редко становятся внезапными и трудно их назвать социальной патологией. Эта последняя проявляется,

тем не менее, в двух случаях: или когда восприятие материального статуса данной группы сопряжено с неприязнью в этническом (возможно, религиозном) плане, или когда принадлежность к более бедному социальному слою воспринимается как эквивалент расовой принадлежности.

Первая из упомянутых ситуаций имеет место, когда в коллективном сознании появляется убеждение о том, что способность данной группы – любой *чужой* по национальному, религиозному или этническому признаку – накапливать частную собственность является степенью угрозы, которую она создает (фактически или потенциально). В этом случае как состоятельность, так и бедность, могут быть обличаемы, что очень хорошо иллюстрирует отношение к евреям в Европе нового времени. Исторически эта группа воспринималась как естественным образом *более бедная* по очевидным соображениям – ее представителям нельзя было владеть землей, которая столетиями являлась основой создания социального и имущественного статуса. Среди небольшого количества доступных источников заработка евреи зачастую выбирали денежный оборот, что и так не гарантировало им особенно высокий доход. Если они относились к более бедной социальной группе (а так было в большинстве случаев), им приписывалась бóльшая склонность к совершению преступлений, бóльшая подверженность различным болезням и т.д. Зарождение капитализма не только полностью лишило актуальности тенденцию обличения денежного оборота как несоответствующего христианским принципам ростовщичества, но и совсем наоборот – сделало из него нужную и привлекательную профессию. Таким образом, изменение хода истории отразилось на имущественном статусе некоторой части еврейской диаспоры. Как следствие появились известные нам в настоящее время теории о *мировом еврейском заговоре*, в соответствии с которым евреи, используя свои сильные экономические позиции, реализуют собственные интересы посредством оказания влияния на правительства отдельных государств. Разумеется, предшествующие предубеждения остались в силе – прибывающие в Западную Европу в начале XX в. еврейские эмигранты воспринимались как бедный (а, следовательно, криминогенный) и живущий в ужасающих условиях (а посему создающий эпидемиологическую угрозу) сброд⁸. Кратко подытоживая этот многовековой дискурс ненависти: если еврей бедный, это очень плохо, а если богатый – еще хуже. На такой подход к этой конкретной группе влияли, разумеется, факторы, главным образом, внеэкономические. Тем не менее, материальный статус ее членов был всегда существенным элементом создания сначала ксенофобских, а позднее расистских теорий. В этом месте следует добавить, что подобным образом фактор этнических или религиозных предубеждений сплетается в настоящее время с неприязнью по отношению к *чужим*, в том числе, прежде всего, к эмигрантам, возрастающей на фоне их материального положения. С одной стороны исключаются из нормального

⁸ Z. Bauman, *Modernity and the Holocaust*, Нью-Йорк 2000, С. 225.

участия в общественной жизни прибывшие наёмные рабочие, которые – что является закономерностью практически во всем мире – располагают меньшей экономической силой, чем группы, их принимающие, а с другой – клеймятся немногочисленные, но состоятельные заграничные инвесторы, особенно, если они относятся к иному культурному или религиозному кругу⁹.

В случае, когда имущественный критерий, т.е. собранная в частных руках собственность, является основой, а не только дополнительным фактором по отношению к иным свойствам, служащим определению *качества* людей, возникающие социальные дифференциации и их последствия не менее сложны. Речь идет о ситуации, когда значение этнического происхождения, конфессии или физических черт людей снижается, и происходит группировка и приклеивание ярлыков *более высокой* или *более низкой* ценности личности на основании ее врожденной, неотъемлемой неспособности к накоплению состояния. Каким образом это соотносится с проблемой расизма или связанной с ним евгеники?

Расизм в соответствии со своим самым широким определением связан с сегрегацией людей на *высшие* и *низшие* группы по соображениям совокупности их врожденных, неотъемлемых физических и умственных черт. Это общее объяснение следует дополнить двумя оговорками. Во-первых, расизм – это продукт современности¹⁰. Его существование в нынешней форме было бы невозможно, среди прочих равных, без интеллектуальной революции эпохи Просвещения, когда в науке стало популярным стремление классифицировать практически все, в том числе живых существ, исходя из соображений их генеалогии и наблюдаемых свойств¹¹. Предыдущие, исторические социальные антагонизмы, взращенные на фоне *инаковости* отдельных групп, были связаны скорее с различиями в исповедуемой ими религии или их происхождении – с различиями, которые неотъемлемыми не были, поскольку *неверный* всегда мог обратиться, а *варвар* – получить гражданство, что часто решало проблему *чужеродности*¹². А посему можно было говорить о ксенофобии, не о расизме. Во-вторых, в XIX и XX вв. культурная и религиозная принадлежность, а также экономический статус воспринимались как эквивалент расы, независимо от того, какими физическими чертами характеризовались личности, считавшиеся членами *рас*, выделенных в соответствии с этими *современными*, расширенными критериями. Одновременно, в связи с развитием национализмов и ростом популярности идеи социальной инженерии, появляется стремление к плановому производству оптимального общества, лишённого дефектов

9 E. Balibar, *Class Racism*, в: I. Wallerstein, E. Balibar, ред., *Race, Nation, Class. Ambiguous identities*, Лондон – Нью-Йорк 1991, С. 206.

10 Z. Bauman, *Modernity...*, С. 212-213.

11 C. West, *A Genealogy of Modern Racism*, в: P. Essed, D.T. Goldberg, ред., *Race Critical Theories: Text and Context*, Оксфорд 2002, С. 90-112.

12 G.M. Frederickson, *Racism. A short history*, Принстон–Оксфорд 2002, С. 17-47.

и *неприспособленных* личностей¹³. Сплетение этих всех обстоятельств привело в новейшей истории к расцвету межчеловеческих дифференциаций, нарастанию различных форм расизма, и в конце концов к развитию евгеники.

По отношению к личностям, считающимся *более плохими* в расовом отношении, применяются две стратегии: или включение их в общество в качестве группы безусловно второсортной, либо абсолютное их исключение, а в крайних случаях – физическое истребление¹⁴. Ниже нам хотелось бы обсудить два случая, связанные в том числе с дифференциациями на экономическом фоне, в которых эти стратегии находят свое выражение: так называемый *классовый расизм* и применение евгеники в XX веке.

Рыночная экономика и капиталистическая система очевидным образом связаны с разделением на тех, кто имеет средства производства и сосредотачивает в своих руках капитал, и тех, кто функционирует как наёмная рабочая сила и располагает относительно небольшими ресурсами частной собственности. К этой второй группе относятся, наряду со средними классами, также самые бедные слои. И эти последние, в соответствии с тезисами, выдвинутыми И. Валлерстаном и Э. Балибаром, в настоящее время являются объектом клеймения расового характера, т.е. их общее материальное положение и социальная ситуация составляют субститут традиционно понимаемой *расы*. Как отмечает И. Валлерстайн, в капиталистической системе исключение кого-либо лишено в экономическом плане смысла, потому что все, как актуальная или потенциальная рабочая сила, имеют с точки зрения экономики определенную ценность. В связи с этим, различные группы, независимо от своей этнической, национальной и религиозной принадлежности, всегда в системе:

(...) и всегда занимают какое-то место в иерархии, хоть не всегда одно и то же. Некоторые группы могут перемещаться между позициями в системе; некоторые могут исчезать или объединяться с другими, а еще некоторые распадаются и возникают новые. Но всегда [в системе] присутствуют такие, которые являются *неграми*. Если слишком мало чернокожего населения, можно ввести категорию *белых негров*¹⁵.

Э. Балибар развивает мысль, касающуюся клеймения определенных имущественных классов еще более подробно. Он, среди прочего, отмечает, что сообщество, называемое им *раса работников* (в значении самых бедных), становится предметом расистского дискурса, который в настоящее время сочетает в себе целую гамму черт, приписываемых данной группе в связи с местом, занимаемым ей в экономической системе,

13 Z. Bauman, *Modernity...*, С. 19-42.

14 G.M. Frederickson, *Racism...*, С. 9-10.

15 I. Wallerstein, *The Ideological Tensions of Capitalism: Universalism versus Racism and Sexism*, в: I. Wallerstein, E. Balibar, ред., *Race, Nation*, С. 34.

в том числе материальная и духовная бедность, преступное поведение, алкоголизм, наркомания, физические и моральные дефекты, низкий уровень гигиены и т.д.¹⁶. В своих рассуждениях Балибар затрагивает также проблему *расификации* (анг. *racialization*) физического труда. Он ссылается на работу Ф. Тейлора *Принципы научного менеджмента* (1909 г.), в которой автор представляет теорию о существовании людей, естественным образом предрасположенных к выполнению тяжелой, грязной и монотонной работы, а, кроме того, нуждающихся в *ком-то, кто будет над ними стоять* и управлять, чтобы они могли работать в соответствии со своей природой. Такой образ мышления о физическом работнике как о личности, второсортной с рождения, нашел свое выражение не только в отношении к людям, работавшим на фабриках во времена раннего капитализма, но и в наше время – в эпоху механизированного производства, когда человек выполняет монотонные и утомительные действия у станка¹⁷. Следует в этом месте добавить, что как И. Валлерстайн, так и Э. Балибар, в различной степени ссылаются на марксизм, многие свои теории практически на нем и основывая. Можно не соглашаться с Марксом и критиковать резкость выражения двух представленных выше автором. Не рекомендуется также интерпретация их концепций, касающихся социальных дифференциаций в качестве критики института частной собственности. Однако независимо от занимаемой ими позиции, трудно согласиться, что ситуации, в которых происходит, например, машинальная ассоциация бедности с патологией, или когда *верх* социальной имущественной лестницы с высоко, а иногда и с презрением смотрит на *низ*, являются оторванными от современной действительности идеями теоретизирующих последователей Маркса.

И, наконец, последний вопрос, который нам хотелось бы затронуть, это широко распространявшаяся в XX веке евгеника, являющаяся реализацией концепции социальной инженерии. Она вписывается в стратегию социального исключения личностей, заклеяемых как качественно *худших*. Термин евгеника (от гр. *eugenēs* – хорошего рода) был введен в конце XIX в. Френсисом Гальтоном, который утверждал, что каждый человек является отражением черт его предков. Его идея положила начало развитию так называемой *положительной евгеники*, т.е. поощрение людей, характеризующихся лучшими чертами, к объединению в пары и размножению, и *отрицательной евгеники* (которая позднее выйдет на первый план), т.е. насильственное, физическое исключение из сообщества тех личностей, которые признаны носителями худшего генетического материала. Это все, разумеется, должно служить сознательному проектированию оптимального общества, свободного от дефектов и *неприспособленных* людей. Самым трагическим по своим последствиям применением евгеники имело место в Третьем Рейхе, однако это не нацисты первыми использовали ее *атакующий* вариант. Первой организацией, реализовавшей общественные вмешательства согласно

16 E. Balibar, *Class...*, С. 209.

17 E. Balibar, *Class...*, С. 210-211.

идее отрицательного понимания евгеники, была American Breeders Association (АВА). В 1911 г., во время одной из встреч этого объединения, его главные члены определили десять групп *социально неприспособленных* и – в последствии – предназначенных к уничтожению людей. В нем оказались недоразвитые личности (хотя *недоразвитие* не было определено никаким явным образом), преступники (в этой категории оказались также люди, виновные в мелких нарушениях), эпилептики, сумасшедшие и др. Что самое интересное с перспективы данной работы – группа номер два явственно была определена как *бедный класс* (анг. *pauper class*)¹⁸. Ее члены, характеризующиеся неотъемлемой и обусловленной наследственно склонностью к нищете, неспособностью к накоплению собственности, были признаны не имеющими права на размножение. На практике, люди, которых можно было отнести к перечисленным выше категориям, становились жертвами насильственной стерилизации. Эти вмешательства имели место на всей территории Соединенных Штатов, существовали законы штатов, санкционирующие подобные действия по отношению к людям, признанным *неприспособленными* по мнению американских *социальных инженеров*. Впрочем, эта проводимая масштабно кампания по *очищению* популяции США вдохновила в конце концов Адольфа Гитлера. И не только. И хотя деятельность АВА уже давно осталась в прошлом, сама идея евгеники и ее практическое применение распространилось по миру как эпидемия. Несмотря на трагический опыт Второй мировой войны, евгеника функционировала в США до 80-х годов XX в., в Швеции до 70-х (там были насильственно стерилизованы тысячи людей), в Польше до 50-х (хотя здесь евгеника никогда не была санкционирована юридически)¹⁹. Евгенические инциденты, связанные со стерилизацией умственно отсталых людей имели место в Канаде, Исландии, Австралии, Эстонии, Швейцарии, Норвегии и Финляндии. Это очень сложное явление, ему посвящено уже большое количество развернутых работ, на которые в этом месте уже нет смысла ссылаться. Существенной для рассуждения информацией является факт, что межгрупповые антагонизмы, возникшие в связи с социальной имущественной стратификацией, могли приобретать весьма радикальные и негуманитарные формы – такие как американская кампания, предполагавшая, во-первых, наследственность бедности, а, во-вторых, - необходимость постепенной физической элиминации бедных.

3. Заключение

Из всего вышесказанного можно сделать следующие выводы: сама частная собственность как институт, также как и общественное решение о ее принятии или отрицании,

18 E. Black, *War against the Weak. Eugenics and America's Campaign to Create a Master Race*, Вашингтон 2003, С. 204.

19 M. Bobako, *Eugenics and breeding of race (доклад)*, 2013-04-24, УАМ Познань.

непосредственно не провоцирует нежелательных явлений с социологической точки зрения. Появляются они в связи с интерпретацией и оценкой естественных следствий имущественного расслоения, которое возникает в коллективах, хозяйствующих с допущением этой собственности. Разделение на более богатых и более бедных, совмещенное с повсеместным признанием полной ответственности личности за свой материальный статус, может привести – и нередко приводит – к социальным проблемам. Особенно люди, занимающие крайние позиции в имущественной стратификации, подвержены различному в своем проявлении осуждению. Следовательно, даже если мы в состоянии оценить институт частной собственности в экономическом и личностном плане (каждый имеет право владеть и приумножать богатство), тем не менее, весьма часты проблемы с принятием последствий ограниченного количества ресурсов в экономике и дифференциации на более и менее состоятельные группы. Или вокруг этого вопроса создаются отдельные теории, ведущие к социальному конфликту, который нередко протекает весьма трагически, или же фактор актуального имущественного положения является дополнением стратегии обличения определенных лиц по этическим, религиозным или национальным соображениям. В любом случае это приводит к серьезным злоупотреблениям в человеческих взаимоотношениях.

Биографическая аннотация:

Aleksandra Łopińska – аспирантка в Институте Социологии, Университет им. Адама Мицкевича в Познани. Научные интересы: миграционные процессы, социальная и политическая трансформация бывших советских республик и экономическая история КНР.

SUMMARY

**Financial state, position, class. Private property as a factor
regulating modern social differences**

The aim of the study is to evaluate the private property as a factor regulating modern social differences. Proving the proposed hypothesis the author focus on the financial state, position and class as a forms of social differences in the context of the civil law system.

KEYWORDS: private property, social differentiations, civil law

ALEKSANDRA RYTELEWSKA

***Коллективный участник: правовое положение
супруга участника общества с ограниченной
ответственностью в соответствии с польским
законодательством***

1. Введение

Несоответствие введённых польским законодателем новелл в области коммерческого права с действующими правовыми нормами в других областях права, особенно в области семейного права, вызывает много теоретических и практических проблем¹. Самым главным вопросом, связанным с этими изменениями является вопрос супружеских имущественных отношений, который является одним из наиболее сложных и существенных в контексте ведения бизнеса в форме акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью. Этот вопрос является существенным главным образом из-за несогласованности концепции коммерческого права и законоположений семейного кодекса, касающихся *установленного законом режима* супружеских имущественных отношений. Вышеуказанное означает, что этот вопрос носит междисциплинарный характер, т.е. выходит за рамки одной только области права и требует рассмотрения взаимосвязи между равноправными правовыми нормами.

Темой школы в этом году было право собственности. На первый взгляд вопрос правового положения супруга участника общества с ограниченной ответственностью не очень соответствует вышеуказанной теме. Несмотря на это, я постараюсь в последующих выводах доказать противоположное. Моя статья состоит из 7 частей, посвященных наиболее важным проблемам, связанным с обсуждаемым вопросом и заключения.

¹ См. Закон от 12 декабря 2003 г., Законодательный вестник 2003. № 229, поз. 2276.

2. Правовые основы размышлений

Прежде всего, следует отметить, что в данной статье обсуждению подлежат только законоположения двух польских кодексов:

- Kodeks spółek handlowych, KSH (польский кодекс торговых обществ)²;
- Kodeks rodzinny i opiekuńczy, KRO (польский семейный кодекс)³.

Согласно KSH участником общества с ограниченной ответственностью может быть физическое или юридическое лицо, а также организационная структура, которая не является юридическим лицом, но которую законодатель наделяет правоспособностью в такой же степени как и юридическое лицо – ст. 151 KSH в связи со ст. 331 Kodeksu Sądowego, (КС; Польский гражданский кодекс)⁴. Кроме того, исходя из ст. 184 KSH право собственности на долю в обществе может принадлежать более чем одному лицу⁵. В этом случае совместные владельцы доли в обществе – как подчеркивается в литературе и юриспруденции – имеют статус так называемого *коллективного участника*⁶, который выполняет свои корпоративные права посредством общего представителя. Однако кодекс не решает практических проблем, связанных с правом совместного участия в обществе, и поэтому необходимо определить в какой степени можно использовать правила, которые содержатся в других кодексах и законах. Кроме того, следует отметить, что такое право совместной собственности может носить делимый и неделимый характер, но этот вопрос выходит за рамки данной статьи.

Что касается положений польского Семейного кодекса – KRO, – в связи в вышеупомянутыми положениями KSH, следует подчеркнуть, что доминирующим режимом имущественных отношений между супругами в Польше является режим совместной собственности, которая является неделимой (так называемый законный режим)⁷. Согласно ст. 31 KRO, такая собственность включает в себя все предметы собственности, приобретенные во время брачного союза (точнее: во время существования, установленной законом, совместной собственности), независимо от того, кто приобрел эти предметы (супруги вместе или только один из них). Совместной собственностью не являются только предметы и имущественные права, точно указанные в Кодексе (KRO). Таким образом, можно сделать вывод, что всё, что приобретали супруги во

2 Закон от 15 сентября 2000 г., Законодательный вестник 2000. № 94, поз. 1037.

3 Закон от 25 февраля 1964 г., Законодательный вестник 1964. № 9, поз. 59.

4 Закон от 23 апреля 1964 г., Законодательный вестник 1964. № 16, поз. 93.

5 См. Обоснование решения Верховного Суда Польши от 22 мая 1996 г., III CZP 49/96 OSNC 1996/9 поз. 119; Решение Верховного Суда Польши от 20 мая 1999 г., I SKN 1146/97 OSNC 1999/12 поз. 209; Постановление Верховного Суда Польши от 23 ноября 2000 г., I SKN 950/98.

6 А. Kidyba, *Kodeks Spółek Handlowych*, Kraków 2006, t. I, С. 775.

7 М. Sychowicz и др., *Kodeks Rodzinny i Opiekuńczy. Komentarz*, Warszawa 2011, С. 80 и сл.

время существования установленной законом совместной собственности, является их совместным имуществом, которым они располагают вместе.

Конечно, такой режим имеет существенное влияние на права супруга участника общества с ограниченной ответственностью и права третьих лиц. Такая ситуация является сложной и трудной и требует рассмотрения многих аспектов. Сначала рассмотрим приобретение доли в обществе с ограниченной ответственностью из средств совместного имущества супругов, а также проанализируем осуществление корпоративных прав участника общества, который состоит в браке.

3. Вопрос о принадлежности доли в обществе с ограниченной ответственностью

Анализируя положения Семейного кодекса, мы сталкиваемся с необходимостью определения кто, в конце концов, является участником общества с ограниченной ответственностью. Прежде всего, следует определить входит ли доля в состав совместной собственности супругов или является раздельным имуществом супруга-участника общества, то есть, того супруга, который только от своего имени приобрел долю в обществе с ограниченной ответственностью.

До сих пор представители цивилистической доктрины не дали однозначного ответа на этот вопрос. Для получения такого ответа необходимо рассмотреть является ли (и в каких случаях) доля в обществе с ограниченной ответственностью одного из супругов общей собственностью супругов, и какие последствия будет иметь такая ситуация для каждого из супругов. В принципе, это вопрос о правовом статусе супруга участника общества с ограниченной ответственностью и о его возможных корпоративных правах. В особенности необходимо рассмотреть, получает ли супруг участника общества также статус участника общества, если доля была приобретена из средств совместного имущества супругов.

Пытаясь дать ответ на этот вопрос, во первых, следует обратить внимание на существующее мнение, согласно которому, даже если доля была приобретена из средств совместного имущества супругов, она является собственностью только супруга, который является участником общества (то есть, того, кто приобрел долю от своего имени). Является оно следствием предположения, что право участие в обществе должно рассматриваться как неотъемлемое право согласно п. 5 ст. 33 KRO⁸.

Основанием же для такого суждения является предположение о том, что корпоративные права тесно связанные с личностью участника общества не могут принадле-

⁸ G. Jędrejek, *Rozliczenia między małżonkami wspólnikami spółek osobowych i kapitałowych*, Monitor Prawniczy 10/2008, С. 514.

жать более чем одному лицу, более того, все другие обязательства также надо считать личным имуществом.

Согласно такому пониманию проблемы, при приобретении доли одним из супругов можно указать на два процесса, тесно связанные друг с другом. Сначала имеет место передача какого-то компонента имущества из совместной собственности супругов в раздельное имущество того супруга, который станет участником общества. И только после этого супруг приобретает долю за средства, которые уже входят исключительно в состав его раздельного имущества и которым он может самостоятельно распоряжаться.

Есть и другая точка зрения, согласно которой участие в обществе зависит от того, кому принадлежит доля, а так как средства на покупку являются совместной собственностью супругов, то и доля эта также входит в состав этой совместной собственности. Согласно этому мнению, муж и жена имеют одинаковые права, связанные с участием в обществе, то есть получают статус коллективного участника⁹.

Однако наиболее распространенным является мнение, которое, как надо подчеркнуть, отражено как в судебных решениях, так и в доктрине¹⁰. Согласно этому мнению, доля, которую приобрел один из супругов, но из средств совместного имущества, будет принадлежать только одному из них. То есть, теоретически, доля в обществе будет являться совместной собственностью супругов (в соответствии с положениями KRO), однако практически, участником общества будет только супруг, который приобрел долю. Такое же мнение выразил Верховный Суд Польши в решении от 20 мая 1999 г. Он постановил, что в случае приобретения одним из супругов доли в обществе с ограниченной ответственностью из средств, входящих в их совместную собственность, то участником общества будет только тот супруг, который является стороной договора продажи¹¹.

Несомненно, такая точка зрения имеет серьезные последствия в практике и косвенно нарушает право собственности, особенно если мы примем во внимание содержание семейного кодекса, а именно ст. 31 KRO.

9 P. Zdanikowski, *Prawo udziałowe w spółce kapitałowej jako przedmiot majątku wspólnego małżonków*, Palestra 9–10/2006, С. 104–106.

10 A. Dyoniak, *Przynależność do majątków małżonków udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*, RPEiS 3/1991, С. 28; A. Herbet, *Obrót udziałami w spółce z o.o.*, Warszawa 2002, С. 45.

11 Решение Верховного Суда Польши от 20 мая 1999 г., I CKN 1146/97 OSNC 1999/12 поз. 209.

4. Правовые последствия предположения о разделении корпоративных и имущественных прав связанных с участием в обществе с ограниченной ответственностью

В юридической литературе указывается, что в отношениях между участниками общества (в частности общества с ограниченной ответственностью), когда у одного из них есть супруг, доля в этом обществе принадлежит только супругу – участнику общества со всеми вытекающими из этого последствиями, а супруг не участник не имеет никаких прав, независимо от имущественных отношений существующих между супругами. Зато, если речь идёт об отношениях между самими супругами, то эта доля может принадлежать обоим супругам. Разделение этих двух сфер является возможным, так как этот вопрос регулируется двумя различными отраслями права.

Вышеуказанное вызывает, однако, проблемы в практике. Супруг, который не является участником общества, и с точки зрения польского Кодекса торговых обществ, не имеет никаких прав, не должен быть лишен прав связанных с фактом, что из совместного имущества (а, значит и из его имущества) был *использован* конкретный компонент для покупки доли в обществе. Его действия, однако, должны быть направлены исключительно на супруга, в соответствии с существующим между ними имущественными отношениями.

Такую точку зрения подтвердил Верховный Суд Польши в своем постановлении от 3 декабря 2009г.¹², согласно которому корпоративные права (являющиеся совместным имуществом супругов) разделены на две сферы: внешнюю и внутреннюю. Внешняя сфера распространяется на отношения между компанией и одним из супругов в качестве участника – её регулируют положения KSH. Вторую, внутреннюю сферу, регулирует Семейный кодекс Польши, и эта сфера охватывает отношения между супругами.

5. Вопрос о принадлежности доли в обществе с ограниченной ответственностью после расторжения брака

Еще одним спорным вопросом, связанным с обсуждаемой темой, является вопрос, кому будет принадлежать доля в обществе в случае прекращения режима совместной собственности супругов, например, вследствие развода.

Из правовой доктрины, и из судебной практики следует, что доля в обществе, приобретение которой было произведено из совместных средств супругов, является составной частью семейного имущества и, следовательно, – в случае прекращения законного режима имущества – делится. В таком случае возникает серьезная проблема

12 Постановление Верховного Суда Польши от 3 декабря 2009 г., II CSK 273/09.

с точки зрения общества с ограниченной ответственностью. Может так произойти, что в процессе раздела имущества супругов, доля в обществе, приобретённая за их совместные средства, будет отдана супругу, не являющемуся участником общества. Поэтому, прежде всего, возникла необходимость в принятии закона, который гарантировал бы соответствующую защиту интересов общества. Необходимо было защитить компанию от вхождения в нее на правах участника лица, против которого выступает и само общество, и остальные его участники.

Как уже было замечено, раздел имущества может привести к ситуации, в которой участником общества может стать супруг нынешнего участника, и, таким образом, формально получить статус участника общества со всеми вытекающими из этого последствиями. Риск возникновения такой ситуации вызывал необходимость введения новых правил, гарантирующих обществу адекватную защиту. Сейчас, согласно внесению соответствующего положения в устав общества, вхождение в общество супруга участника может зависеть, например, от необходимости получения согласия на это некоторых или всех участников общества или от выполнения определенных условий. Именно возможность влияния на состав участников общества без контроля со стороны остальных участников, стала основой введения новеллы KSH от 12 декабря 2003 года и введения дополнительных положений регулирования ст. 183 KSH (ст. 183¹).

Добавленное положение ст. 183¹ KSH предусматривает возможность ограничения или исключения, в рамках договора общества, права на вступление в его структуры супруга участника, если доля нынешнего участника была покрыта средствами из совместного имущества супругов. Целью введения таких правил является предоставление другим участникам общества возможности избежать проблем, связанных с разделом совместной собственности супругов, когда один из них являлся участником общества.

6. Практическая значимость новелл

Закон от 12 декабря 2003 года об изменении закона – кодекс торговых обществ и других законов предусматривал в основном введение изменений в Польском Кодексе торговых обществ. Эти изменения направлены в первую очередь на устранение коллизий правовых норм KSH с нормами других польских кодексов и законов, а также удаление внутренних противоречий (взаимных противоречий некоторых норм самого KSH). Однако на практике оказывается, что изменения, введенные польским законодателем, не соответствуют в полной мере его намерениям.

Как отмечается в доктрине, с точки зрения общества с ограниченной ответственностью и его деятельности второстепенным вопросом должны быть брачные отношения его участников, так как их влияние на его деятельность может только мешать деятель-

ности общества, как во внутренних, так и во внешних отношениях. В случае прекращения режима совместной собственности супругов, для супруга появляется реальная возможность занять место нынешнего участника общества, а остальные участники не будут иметь никакого влияния на такие действия.

Прежде всего, стоит рассмотреть две следующие возможные ситуации. Во первых, предположим, что супруги в присутствии нотариуса прекращают режим совместной собственности и происходит раздел имущества (без развода), а также предположим, что в договоре общества с ограниченной ответственностью заключены положения ст. 183¹ KSH. Второй случай касается раздела имущества после развода. Именно этот случай вызывает большое количество практических проблем и указывает на фундаментальное расхождение между намерением законодателя, а содержанием ст. 183¹ об-суждаемого кодекса.

Содержание ст. 183¹ Кодекса ограничивает (или даже исключает) возможность получение статуса участника общества с ограниченной ответственностью супруга нынешнего участника общества. Однако дело в том что, после развода неприемлемо использовать определение *супруг*, так как лицо, находящееся в разводе, не является далее супругом. Строгое грамматическое толкование приводит к выводу, что содержание этой статьи не включает в себя ситуацию, в которой прекращение законного режима совместной собственности имеет место в результате развода.

7. Изменения в законодательстве, а нарушения права собственности

Как уже было сказано, введённая новелла вызывает большие сомнения на практике. Если предположить рациональность действий законодателя, то положения рассматриваемой статьи 183¹ KSH следует понимать, несмотря на их буквальный смысл, следующим образом: от момента добавления в договор общества (общества с ограниченной ответственностью) положения, выраженного в этой статье, у супруга участника общества действительно не будет возможности участия в этом обществе, и он потеряет все права связанные с участием. В этом случае статью 183¹ KSH стоит считать противоречащей Конституции Республики Польша, так как такое понимание нарушает предусмотренную в ст. 64 Конституции защиту права собственности, которая относится также и к имущественным правам¹³. До сих пор не разрешена однозначно ситуация, в которой после развода долю в обществе (в котором применялось положение ст. 183¹ KSH) получал супруг участника общества (а не этот участник). Все эти вопросы требуют четкого определения, положения какого из кодексов имеют приоритет – поло-

¹³ Конституция Республики Польши от 2 апреля 1997 г., Законодательный вестник 1997, № 78, пос. 483.

жения семейного права или все же свобода экономической деятельности, то есть положения KSH.

8. Заключение

Правовой статус супруга участника общества с ограниченной ответственностью формируется в соответствии с положениями Гражданского кодекса (в этом значении также Семейного кодекса) и Кодекса торговых обществ. Теоретически противоречие между правовыми нормами является нетипичной ситуацией. С другой стороны, следует отметить, что в практике, такие ситуации происходят относительно часто.

В ст. 183¹ KSH законодатель, прежде всего, хотел наделить остальных участников общества, а также само общество, как отдельное юридическое лицо, возможностью контроля над персональными изменениями в обществе, в случае, когда изменения эти имеют место независимо от этих лиц.

На данный момент однозначный ответ на этот вопрос отсутствует. Решение этой проблемы требует введения новых положений, которые будут разработаны представителями как доктрины коммерческого права, так и представителями семейного права.

Биографическая аннотация:

Aleksandra Rytelewska – стажер адвоката, аспирантка в кафедре гражданского, коммерческого и страхового права юридического факультета Университета им. Адама Мицкевича (г. Познань, Польша).

SUMMARY

Collective participant: legal status of spouse of the party of the limited liability company in the Polish law

The aim of the study is to evaluate the legal status of spouse of the party of the limited liability company in the Polish law system. Presenting the selected topic the author focus on the legal regulation, ownership shares in the limited liability company in the context of marriage and ownership shares in the limited liability company after divorce.

KEYWORDS: limited liability company, commercial law, civil law

IGA ZARZECKA

Вечный вопрос: Какой стране принадлежит Гоголь – России или Украине?

1. Введение

Николай Васильевич Гоголь родился и вырос на Полтавщине в Сорочинцах¹. Детские годы Гоголь провел в Васильевке, село было овеяно легендами, поверьями, историческими преданиями. Рядом с Васильевкой располагалась Диканька, которой писатель посвятил происхождение своих первых повестей.

Прапрадед Гоголя был комедиографом, писал интермедии на украинском языке. Можем догадаться, что украинский язык и украинская литература были близки молодому Гоголю². У писателя рано пробудился интерес к литературе, еще в гимназии он был сотрудником и редактором журналов. Его привлекала Украина, песни и жизнь ее народа, хорошо знакомые ему с детства. С украинской литературной традицией растущий писатель столкнулся самым непосредственным образом: его отец Василий Афанасьевич Гоголь-Яновский был человеком образованным, одним из первых украинских писателей. Всем известна в пересказе его комедия *Собака-вівця*. Отец Гоголя писал свои пьесы на русском языке в классицистическом духе. От отца он перенял меланхолию и веселость, дар увлекательного рассказчика, любовь к искусству, от матери – дар видеть через оболочку и горячее религиозное чувство. Отражения комедийной структуры отца замечены в творчестве автора повести *Вий*, так как он воспользовался творческими достижениями отца и усовершенствовал их. И так, в семействе Гоголя говорили по-украински, но письма маминим родным писали уже на русском языке. Николай Васильевич двуязычен, но писал только по-русски и так стал известен всему миру.

Русский литературовед В.Г. Белинский в своей статье про Гоголя написал, что с Гоголем появилась новая эпоха в литературе: *начался русский роман и русская повесть*,

1 В. Вересаев, *Гоголь в жизни: Систематический свод подлинных свидетельств современников*, Москва 1990, С. 20–21.

2 И. Золотуский, *Гоголь*, Москва 1984, С. 8–10.

как с Пушкина началась истинно русская поэзия³. Эти слова полностью указывают на то, что Гоголь был гением литературы.

2. Творчество Гоголя

Его первые произведения посвящены теме Украины: это *Вечера на хуторе близ Диканьки* и *Миргород*. В *Вечерах* найдём много украинизмов, есть даже словарь для читателей. Таким образом, Гоголь ввёл украинский язык в русскую литературу. В это время нельзя было писать по-украински, а такой словарь был полезен для расширения знакомства с украинской речью. *Вечера на хуторе близ Диканьки*, в общем, посвящены теме украинской жизни. Повести, вошедшие в этот сборник, были совершенно непохожими на подражательную романтическую поэму⁴. Они представляли собой самобытное, примечательное явление в русской литературе. В них современности была противопоставлена поэзия народной жизни, ценность и свободолюбие украинских парубков, яркая природа Украины. Во многих повестях Гоголя, кроме идиллической обрисовки характеров, выступают черты реальной жизни. В *Вечерах*... видны мечты Гоголя о смелых людях. Яркая поэтическая речь его произведений отражена в русской или украинской природе, пейзаже. Писатель великолепно чувствовал все богатство русского языка, но в своих произведениях часто использовал слова украинского языка.

Вечера на хуторе близ Диканьки вызвали почти всеобщее восхищение, сделали имя Гоголя известным, успех окрылил писателя. Нарождавшаяся слава ко многому обязывала. Гоголь понял, что ограничиваться вариациями найденного никак нельзя. Жизнь писателя – это непрерывные искания, освоение новых тем, новые творческие завоевания.

Погружаясь в эти времена, отметим, что в тридцатые годы девятнадцатого столетия в русской литературе были очень популярны этнографические и фольклорные материалы, собранные на Украине, например, сборник украинских песен Михаила Максимовича. Всё началось в девятнадцатом веке после публикации *Путешествия в Малороссию*. Эта публикация вызвала интерес к творчеству писателей Украины, их сочинения были опубликованы в русских журналах вместе с переводом. Тема Украины надолго стала популярной в русской литературе, скорее всего большую роль сыграл романтизм, проявлявший интерес к экзотике (а Украина была для русских экзотикой).

3 Блог вчителя зарубижной литературы: Биография [online]. Блог вчителя зарубижной литературы [Доступ: 2013-07-01]. Доступны на: <<http://tandev.blogspot.com/2009/03/blog-post.html>>.

4 М. Храпченко, *Подвиг жизни*, в: Ю. Манн, *Гоголь и мировая литература*, Москва 1988, С. 5.

Начало профессиональной деятельности Гоголя проходило под знаком романтизма. Специфика романтизма Гоголя, основана на украинском барокко и приеме древнерусской литературы.

После приезда в Петербург молодой писатель с удовольствием заметил, что Украина в моде. Читателям было интересно прочитать про украинский фольклор, они с нетерпением ожидали новых публикаций на эту тему. Гоголь знал украинскую жизнь в деталях и подробностях и в это время он написал свои знаменитые *Вечера*. Он даже получил отзыв от самого Пушкина, который написал на них рецензию:

Сейчас прочёл *Вечера близ Диканьки*. Они изумили меня. Вот настоящая весёлость, искренняя, непринуждённая, без жеманства, без чопорности. А местами какая поэзия! Всё это так необыкновенно в нашей нынешней литературе, что я доселе не образумился (...)⁵.

Сближение с Пушкиным оказало большое влияние на развитие писателя.

Сборник повестей *Миргород* основан на украинском фольклоре и состоит из четырех различных по объёму и тематике повестей: *Старосветские помещики*, *Тарас Бульба*, *Вий* и *Повести о том, как поссорился Иван Иванович с Иваном Никифоровичем*. *Миргород* ознаменовал шаг Гоголя в сторону реализма закрепив и углубив ту тенденцию, которая наметилась еще в *Вечерах*... Гоголь обращается к истории простого народа, к Украине, старается показать общую картину борьбы за независимость запорожского казачества. Писатель сумел показать вольную независимую натуру казаков. Считается, что этот сборник – продолжение *Вечеров на хуторе близ Диканьки*.

Первый прозаический цикл Николая Васильевича показывает интересную тенденцию в его творчестве – стремление войти в большую русскую литературу и культуру. Этого можно было добиться одним путём – публикациями на русском языке. Как утверждают биографы Гоголя, если в *Вечерах* Гоголь еще нередко пользовался оборотами и конструкциями украинской речи, то уже после *Миргорода* он почти полностью отказался от этого, обращаясь к нормам русского литературного языка.

Писатель был на распутье, и это было замечено его друзьями. Даже приятельница Гоголя Александра Смирнова-Россет в одном из писем затронула вопрос принадлежности писателя. Он так ответил на этот вопрос:

Скажу вам одно слово насчет того, какая у меня душа, хохлацкая или русская, потому что это, как я вижу из письма вашего, служило одно время предметом ваших рассуждений и споров с другими. На это вам скажу, что сам не знаю, какая у меня душа, хохлацкая или русская. Знаю только то, что никак бы не

5 М. Храпченко, *Подвиг...*, С. 4.

дал преимущества ни малороссиянину перед русским, ни русскому перед малороссиянином. Обе природы слишком щедро одарены Богом, и как нарочно каждая из них порознь заключает в себе то, чего нет в другой – явный знак, что они должны пополнить одна другую. Для этого самые истории их прошедшего быта даны им непохожие одна на другую, дабы порознь воспитались различные силы их характеров, чтобы потом, слившись воедино, составить собою нечто совершеннейшее в человечестве⁶.

Мы выдвигаем следующую гипотезу: может быть, малой Родиной для Гоголя была Украина, а великой – Россия. Будучи в Петербурге, Гоголь никак не мог забыть про свою малую родину. Он был участником собрания малорусов, они ели вареники и голубцы, пели песни. В этнографическом и бытовом смысле писатель вёл себя как малоросс. У него был специфичный украинский юмор, смех Гоголя универсален – он охватывает все проявления человеческой души, начиная от низких и кончая высокими⁷. Гоголь осознавал себя представителем русской литературы.

Надо вспомнить в этом месте про любовь Гоголя к украинским песням. Он их собирал и, в конце концов, написал о них статью. Статья об украинских песнях – гимн в их честь. Для Николая Васильевича в них отражено музыкальное разнообразие фольклора Украины, уникальное стихосложение влияет на мелодичность песен. В песнях можно найти драматичное звучание минувшей старины.

Мы обратили внимание на малую родину, теперь расскажем о великой. Интересно, как Гоголь назвал Россию в своём романе *Мертвые души*: он не написал просто Россия, только использовал определение Русь. Общеизвестно, что Русь связана с Киевом. А Киев принадлежит Украине. Николай Васильевич написал статью под названием: *Взгляд на составление Малороссии*, в которой подчеркнул важную роль Киева:

Киев – древняя мать городов русских – сильно разрушенный страшными обладателями табунов, долго оставался беден и едва ли мог сравниться со многими, даже не слишком значительными городами северной России⁸.

Тем самым писатель обратил внимание на общее прошлое и христианские корни. Он пишет:

6 О. Кудрин, Песня на два голоса. О национальной идентичности Николая Гоголя-Яновского [online]. Архив материалов [Доступ: 2013-07-01]. Доступны на: <http://aticel.ucoz.ua/news/e_mne/2012-10-28-2>.

7 И. Золотусский, *Гоголь*, С. 4.

8 Взгляд на составление малороссии [online]. ФЭБ [Доступ: 2013-07-01]. Доступны на: <<http://feb-web.ru/feb/gogol/texts/ps0/ps8/ps8-040-.htm>>.

Да и вообще Россия все мне становится ближе и ближе. Кроме свойства родины, есть в ней что-то еще выше родины, точно как бы это та земля, откуда ближе к родине небесной⁹.

Таков путь Гоголя: от малой родины к родине великой и от нее к родине небесной. Николай Васильевич считал Россию храмом, монастырём и говорил: *Монастырь ваш – Россия*. Такой небесной станцией для писателя стала Россия, понимаемая как общая Русь.

Общерусская культура

Местонахождение раннего творчества Гоголя – на границы русской и украинской культур, и об исключительной принадлежности к русской культуре нельзя говорить. Надо обратить внимание на культурный фон его эпохи. Можно сделать вывод об отсутствии единства в понимании общерусской культуры и об отсутствии ее интегральной концепции.

Хронологические рамки существования общерусской культуры определяются со второй половины XVII века до середины XIX века, именно в это время в 1831 г., дебютировал Николай Васильевич. Выделение общерусской культуры оправдано в истории общественного сознания, политической идеологии, литературного языка, изобразительного искусства, музыки, архитектуры, а также в истории художественной литературы, наиболее ярким примером чего может служить творчество Гоголя.

С этой точки зрения можно рассматривать соответствия культуры *общерусской* – великорусской в Великороссии и *общерусской* – украинской в Украине. Распад культурной диглоссии связывается с процессом превращения украинской культуры в самостоятельное явление со второй половины XIX века и с соединением общерусской культуры с великорусской в единую культурную систему. Этот термин рассматривается только на культурно-идеологическом уровне, но не в этногенезе: носители общерусской культуры и общерусского сознания не перестают быть представителями своих народов.

Диглоссия – особый вариант билингвизма, при котором на определённой территории или в обществе сосуществуют два языка или две формы одного языка, применяемые их носителями в различных функциональных сферах. Для диглоссии характерна ситуация несбалансированного двуязычия, когда один из языков или вариантов выступает в качестве высокого, а другой – низкого. При этом возможны ситуации, когда *низкий* язык является родным разговорным языком для всего населения территории или его части, а высокий язык – родственным по отношению к родному языку либо

⁹ Блог вчителя зарубижной литературы: Биография [online]. Блог вчителя зарубижной литературы. [Доступ: 2013-07-01]. Доступны на: <<http://tandev.blogspot.com/2009/03/blog-post.html>>.

неродственным надэтническим языком территорий с разнообразным этническим составом населения¹⁰.

В первой половине XIX века становление высокой украинской культуры еще только начиналось, поэтому творчество Гоголя могло существовать только в рамках общерусской культуры. Однако эта разновидность общерусской культуры определяется как общерусская культура на малорусской, то есть украинской основе. Уточняется, что к этой культуре принадлежат не только украинские повести Гоголя, но и петербургские повести, *Ревизор* и *Мертвые души*. Признаком принадлежности к ней является не украинское происхождение Гоголя и не украинская тематика его ранних произведений, а генетическая связь гоголевского творчества с украинской культурой XVII–XIX веков.

Политико-идеологические взгляды Гоголя мы рассматриваем как утопическую попытку национального синтеза в контексте *общерусскости*.

В конце статьи делается вывод о культурно-национальной принадлежности творчества Гоголя: в категориях XIX века оно причисляется к общерусской культуре на украинской основе, в современных культурных категориях оно рассматривается и как достояние русской культуры и литературы, и как достояние украинской культуры и литературы одновременно¹¹.

3. Заключение

Подводя итоги, надо подчеркнуть, что литература – это такое специфическое явление, которому нельзя придавать никаких, даже народных пределов. Интерес к произведениям и личности Гоголя в последнее десятилетие вызван как загадочностью его творчества, так и пограничной, русско-украинской сущностью его художественного мышления.

Вечера на хуторе близ Диканьки созданы на богатом украинском этнографическом материале, в повести проявилось характерное для Гоголя смешение романтических и реалистических красок. Указанный сборник отразил романтическую мечту писателя о красоте, о простой, естественной и свободной жизни никем не угнетаемого, счастливого, преодолевающего любые препятствия человека. В следующем сборнике повестей *Миргород*, центр тяжести художественного изображения был перенесен на полную мелких забот и неприятностей повседневную жизнь обывателей. Романтические темы и конфликты были переведены в реалистическую плоскость, что повлекло за собой перестройку всех уровней поэтики.

В соответствии с тогдашним пониманием общерусской культуры, творчество Гоголя является общим благом. Вслед за исследователями литературы мы можем уточ-

10 Диглоссия [online]. Словари и энциклопедии на Академике [Доступ: 2013-07-01]. Доступны на: <<http://dic.academic.ru/dic.nsf/ruwiki/490654>>.

11 Творчество Гоголя как явление [online]. Васильевич Гоголь Николай [Доступ: 2013-07-01]. Доступны на: <<http://www.nikolaygogol.org.ru/>>.

нить термин общерусской культуры: он появился на малорусской основе. Мы хотим ответить на вопрос, указанный в теме: какой стране принадлежит Гоголь? Ответ один: никакой. Гоголь как писатель считается представителем общерусской литературы, ни украинской и ни русской. У него были украинские корни, выше упомянутая малорусская основа, но творчества писателя не возможно отнести к одному конкретному типу к одной национальной литературной традиции. Литература должна объединять, а не делить.

Статью хотим закончить афоризмом Гоголя: *В литературном мире нет смерти, и мертвецы так же вмешиваются в дела наши и действуют вместе с нами, как живые*¹². Как говорит французский философ Луи-Габриэль-Амбруаз Бональд: *литература есть выражение общества, так же как слово есть выражение человека*¹³. Творчество Гоголя оказало большое влияние на многих выдающихся русских писателей, имело огромное значение для развития русской литературы. Николай Васильевич создавал великолепную литературу. Творчество Гоголя является воплощением каждого человека.

Биографическая аннотация:

Iga Zarzecka – студентка Университета им. Адама Мицкевича, факультета польской филологии. Научные интересы: русская и украинская литература и культура.

SUMMARY

Internal question: To which country Gogol belongs to – Russia or Ukraine?

The aim of the study is to evaluate the status of an artist's cultural heritage in the national context on the example of Nikolaj Gogol. The author makes an attempt to answer whether Gogol's work belongs to Russia or Ukraine by presenting the status of the particular oeuvres of the artist.

KEYWORDS: Nikolaj Gogol, cultural heritage, cultural property

12 Цитата Николая Васильевича Гоголя [online]. Великие слова [Доступ: 2013-07-01]. Доступны на: <<http://greatwords.ru/quote/11535/>>.

13 Афоризмы и цитаты о литературе [online]. Цитаты [Доступ: 2013-07-01]. Доступны на: <<http://citaty.su/aforizmy-i-citaty-o-literature>>.

