

СОВРЕМЕННОЕ ПРАВО

ISSN 1991-6027

1'2008

*ПЛАВЕЛ в книге «Комментарии к закону Цинция»:
«...поступает в обход закона тот, кто, сохраняя
слова закона, обходит его смысл».*

- Место и роль государства
в гражданском Обществе
- Корень понятия «правомерность»
- Охрана безопасности потерпевшего
как инициатора уголовного
судопроизводства



Министерство юстиции РФ
Российская Академия адвокатуры

Научно-практический журнал
«СОВРЕМЕННОЕ ПРАВО»

Новое в российском законодательстве:
обзоры, комментарии, практика
№ 1' 2008

Издается
при информационной поддержке
Министерства юстиции
Российской Федерации,
Российской Академии адвокатуры

Учредитель и издатель:
ЗАО Издательство «Новый индекс»

Редакционный совет:

Т.Н. Хомчик — замдиректора
Департамента государственной политики
в сфере федеральной юстиции Минюста России;
Г.Б. Мирзоев — доктор юридических наук,
профессор, ректор Российской Академии
адвокатуры, заслуженный юрист РФ;
Ю.И. Скуратов — доктор юридических наук,
профессор, заслуженный юрист РФ, президент
фонда «Правовые технологии XXI века»;
Д.Н. Бахрах — доктор юридических наук,
профессор, заслуженный деятель науки РФ;
М.В. Крестинский — кандидат юридических
наук, первый проректор
Российской Академии адвокатуры;
И.Л. Трунов — доктор юридических наук,
профессор

Директор издательства Л. Овсякова
Редакторы О. Щербакова, Ю. Гусейнова
Компьютерная верстка Г. Федотовская
Корректор Л. Спирина

АДРЕС ИЗДАТЕЛЬСТВА:

107078, Москва, ул. Новая Басманная,
д. 19, стр. 1, оф. 424, 426
Тел./факс: (495) 265 3527, 261 9429
www.pravo.cc E-mail: info@pravo.cc

Подписные индексы:

Агентство «Роспечать» — 79243
«Объединенный каталог» — 29604

Подписано в печать 27.01.2008
Формат 60х90/8, объем 15 п.л., печать офсетная,
бумага офсетная, тираж 3000 экз.
Отпечатано в ОАО «Типография № 9».
109033, Москва, Волочаевская ул., 40

Журнал зарегистрирован в Министерстве РФ
по делам печати, телерадиовещания и средств
массовых коммуникаций
Регистрационный номер ПИ № 77-3849
от 30.06.2000

Журнал включен в Перечень ведущих
рецензируемых научных журналов и изданий,
в которых должны быть опубликованы основные
научные результаты диссертации на соискание
ученой степени доктора и кандидата наук
(редакция — июль 2007 года)

© Издательство «Новый индекс»

Материалы, опубликованные в журнале,
могут быть размещены в электронных базах
«КонсультантПлюс» и «Референт».

Просим авторов, не согласных на
распространение электронной версии их
статей, предупредить редакцию заранее.

Перепечатка материалов, опубликованных
в журнале, допускается исключительно
с письменного разрешения редакции

СОДЕРЖАНИЕ

ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ЭКОНОМИЧЕСКОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ

- В.В. Котов. О трактовке негосударственного
финансового контроля правовой наукой 2
А.В. Голубев. Финансово-бюджетный контроль
как бюджетное правоотношение 7
М.А. Говоруха. Собрание кредиторов
и комитет кредиторов как коллективные субъекты
конкурсного права 11
П.М. Ходырев. Договор как основание
возникновения права на добычу полезных ископаемых .. 16
А.А. Трищенко. Проблемы осуществления
капитального ремонта многоквартирных жилых домов
и попытки их решения 20

ПРАВО И ПОЛИТИКА

- А.В. Птушенко. Место и роль государства
в гражданском обществе 24
К.В. Шундилов. Устойчивость и нестабильность
в правовой жизни общества 33
А.И. Ардашев. Конституционно-правовое обеспечение
права человека на безопасность
в Российской Федерации 39
Ю.В. Гребенников. Лицензионно-разрешительное
производство как механизм обеспечения
информационной безопасности Российской Федерации... 45
О.М. Доронина. Некоторые вопросы
юридической природы появления и содержания
депутатского иммунитета 49
И.С. Морозова. Правовые льготы:
проблемы формирования теории 53

ПРОБЛЕМЫ ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНОЙ СОБСТВЕННОСТИ

- Н.А. Покидова. Ограничение прав авторов в отношении
использования музыкальных произведений 57

СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА

- В.В. Архипов. Относительно или абсолютно
преимущественное право при сокращении численности
или штата персонала? (окончание) 62

ПРИГЛАШАЕМ К ДИСКУССИИ

- Б.А. Осипян. Корень понятия «правомерность» 69
А.Н. Жеребцов. Миграционно-правовые режимы:
понятие и виды 79
Э.А. Иваева. Проблемы правового статуса
субъектов отношений в сфере суррогатного материнства.. 82
Е.А. Акимова. Имущественное положение супругов
в режимах общности, раздельности
и отложенной общности 85
И.М. Ибрагимов. Охрана безопасности потерпевшего
как инициатора уголовного судопроизводства 90
М.П. Редин. О современных исследованиях
проблем регулирования ответственности за преступления
по степени их завершенности 98

МЕЖДУНАРОДНОЕ И ЗАРУБЕЖНОЕ ПРАВО

- Е.В. Норина. Роль Совета Европы
на мировой политической арене 103
С.В. Николкин. Нормы международных
торговых обычаев как условие
арбитражного соглашения о применимом праве. 107
Д.П. Стригунова. Особенности договора
оказания гостиничных услуг
в сфере международного туризма 110

РЕЦЕНЗИИ

- М.А. Викут, Э.И. Цыбуленко. Источники
исполнительного права Российской Федерации
(Г.Д. Улетова. Источники исполнительного права
Российской Федерации. — СПб., 2006) 116

ЛИТЕРАТУРНАЯ СТРАНИЦА

- Е.В. Черношвитов. Формула смерти. (Продолжение) ... 119

Договор как основание возникновения права на добычу полезных ископаемых

П.М. ХОДЫРЕВ,
старший преподаватель кафедры гражданского права
Удмуртского государственного университета

Правовое регулирование современной системы предоставления права пользования недрами в настоящее время осуществляется Законом РФ от 21.02.1992 № 2395-1 «О недрах»¹ (далее — Закон о недрах). Предусмотренный данным законом институт лицензирования недропользования стал «продолжением разрешительного порядка предоставления прав недропользования»². Как отмечает О.М. Теплов, закон «усовершенствовал разрешительную систему предоставления прав недропользования, не изменяя основных принципов, на которых эта система основана (государственной формы собственности на недра и административно-правового регулирования отношений недропользования)»³.

Принято считать, что право пользования недрами возникает на основании административного акта, а в качестве правоустанавливающего акта называют властно-распорядительное решение компетентного государственного органа, указанного в ст. 10.1 Закона о недрах⁴, либо выдаваемую недропользователю лицензию⁵. По мнению ряда специалистов, такая конструкция не соответствует разработанному отечественной цивилистикой учению об административных актах как основе возникновения гражданских правоотношений⁶.

Выбор в качестве юридического факта административного акта или гражданско-правового договора сам по себе не влияет на специфику содержания возникающего правоотношения. Как заметил М.И. Брагинский, «...правоотношение, порожденное разнообразными договорами, может совпадать во всех элементах, включая, в частности, права и обязанности сторон, с тем, которое порождалось иным указанным в законе основанием»⁷. Следовательно, и договор, и административный акт позволяют смоделировать одинаковое по содержанию правоотношение.

В правовой литературе нередко акцентируется внимание на том, что лицензионный порядок предоставления недр в пользование гарантирует эффективную защиту интересов государства в отношениях с нерадивыми недропользователями и учитывает экологическую значимость передаваемого объекта. С такой позицией нельзя согласиться. Во-первых, она отрицает подлинную регулирующую роль договора — уникального экономико-правового инструмента, позволяющего согласовывать порой диаметрально противоположные интересы участников оборота⁸. Такой инструмент должен иметь тщательно разработанный правовой режим, в полной мере реализующий ценные качества до-

¹ СЗ РФ. 1995. № 10. Ст. 823. Использован текст с последующими изменениями и дополнениями, содержащийся в справочной правовой системе «Консультант Плюс».

² Теплов О.М. Совершенствование лицензирования пользования недрами // Законодательство и экономика. 1995. № 17—18. С. 62.

³ Там же.

⁴ См., например: Жариков Ю. Новое в российском законодательстве о недрах // Законодательство и экономика. 2000. № 7.

⁵ См., например: Вознесенская Н., Кормуш Ю. Правовой статус лицензии на пользование недрами // Хоз-во и право. 1998. № 12. С. 43.

⁶ См.: Агарков М.М. Обязательство по советскому гражданскому праву. — М., 1940. С. 116—123; Новицкий И.Б., Лунц Л.А. Общее учение об обязательстве. — М., 1950. С. 71—94; Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. — М., 1958. С. 122—129.

⁷ Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 1. — М., 1998. С. 15—16.

⁸ См.: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Указ. соч. С. 9—24; Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Антология уральской цивилистики. 1925—1989: Сб. статей. — М., 2001. С. 177—182; Корецкий А.Д. Теоретико-правовые основы учения о договоре. — СПб., 2001; Забоев К.И. Правовые и философские аспекты гражданско-правового договора. — СПб., 2003. С. 13—31.

говорного принципа регулирования общественных отношений.

Во-вторых, практика показывает, что административный (лицензионный) порядок предоставления прав недропользования в современной России вряд ли можно назвать оптимальным. Проведенная в 2001—2002 гг. инвентаризация выданных лицензий продемонстрировала неутешительные результаты. «Это избыточные запасы компаний, своего рода бесплатный капитал, за счет которого можно жить не работая. Это формирование региональных... монополий в основных нефтегазодобывающих провинциях и рудных районах на базе гигантских лицензионных площадей... Это и невыполнение (примерно 30%) всех лицензионных соглашений¹». Около 15 тыс. лицензий, выданных практически на все разведанные полезные ископаемые страны, не принесли ожидаемых плодов: выяснилось, что у обладателей нет средств на освоение месторождений, а инвесторов не устраивают условия лицензионного недропользования².

Если сфера предоставления недр в пользование предполагает договорное регулирование, то почему предпочтение отдано административному акту?

Прежде всего вызывает сомнение целесообразность заключения договора в случае, когда закон полностью исключает возможность одной из сторон влиять на содержание правоотношения. В теории права на этот счет говорится о субординационном индивидуальном регулировании, осуществляемом органами государства, издающими на основе своей компетенции в одностороннем порядке индивидуальные акты. Координационное индивидуальное регулирование (эту форму также называют автономно-договорной) выражается в выработке сторонами такого соглашения, которое отвечало бы нормам права и отражало их согласованную волю³.

Что же касается современной картины недропользования, то присутствие в природоресурс-

ных лицензиях элементов согласительного характера выводит документ за рамки простого административного акта, внося в него черты договора⁴. Действительно, если проанализировать содержание лицензии на пользование недрами (ст. 12 Закона о недрах), то все ее «неотъемлемые составные части» («условия») можно разделить на две группы. В первой содержатся условия информационного характера (подпункты 1—4 и подп. 5 в части срока действия лицензии), во второй — условия, регламентирующие непосредственно процесс недропользования (все остальные подпункты — с 5 (в части сроков начала работ) по 10). Последняя включает как нормативные положения (условия, связанные с платежами; условия выполнения требований по охране недр), так и условия, *согласованные* (здесь и далее курсив мой. — П.Х.) с недропользователем (срок начала работ, *согласованный* уровень добычи, *соглашение* о праве на геологическую информацию, технология работ, порядок и сроки подготовки проектов ликвидации или консервации горных выработок). Используемая законодателем терминология («соглашения», «согласованный») свидетельствует о том, что содержание современной лицензии не чуждо договорной форме его закрепления: сторонам есть что обсуждать и о чем договариваться.

Существует и другая причина избрания административного акта основанием возникновения правоотношения. Субординационное индивидуальное регулирование проявляется не только в возможности определять в одностороннем порядке содержание взаимных прав и обязанностей, но и в способности порождать само правоотношение независимо от воли адресатов (или хотя бы одного адресата) предписания⁵. Иначе говоря, административный акт позволяет установить некое правоотношение *независимо от желания* его субъектов (субъекта).

¹ Артюхов В. Неисчерпаемость ресурсов — это миф // Рос. газета. 2002. 6 марта.

² О проблемах современной системы предоставления прав недропользования в России см., в частности: Трутнев Ю. Вы серьезно считаете, что бывают независимые от государства компании? // Юрий Трутнев об отношениях государства и недропользователей // Коммерсантъ. 2007. 30 авг.; многочисленные сообщения о результатах проверок, проводимых Счетной палатой РФ (<http://www.ach.gov.ru/news/archive/list/show/?2092>; <http://www.ach.gov.ru/interaction/aksor/konf/9-6.php>; <http://www.ach.gov.ru/bulletins/2006/1-5.php>; <http://www.ach.gov.ru/bulletins/2003/8-10.php>; www.ach.gov.ru/bulletins/2005/arch4/08.rtf и др.).

³ См.: Исаков В.Б. Юридические факты в советском праве. — М., 1984. <http://kodeks.ru/noframe/freeurib?d&nd=722900069&nh=3>

⁴ См.: Хаустов Д.А. Публично-правовые договоры как особый инструмент государственного регулирования природопользования: Дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2003. С. 81 — 94. Несколько ранее высказывались точки зрения о том, что «выдача лицензии на пользование недрами является сделкой» (см.: Пятков Д.В. Сделки и административные акты как основания гражданских правоотношений // Современное право. 2002. № 10), а правоотношения, возникающие исключительно на основании природоресурсной лицензии, носят договорный (арендный) характер (см.: Дроздов И.А. Договоры на передачу в пользование природных ресурсов. — М., 2001. С. 23). Более того, уже в советской науке обращалось внимание на то, что, например, в основе акта распоряжения земельным участком лежат ходатайство будущего землепользователя и согласие государства предоставить землю в пользование, т. е. «по существу соглашение». Более того, в литературе даже ставился вопрос о возможности и целесообразности оформления предоставления природных объектов в пользование договором. Отмечалось, что при этом юридическая сущность отношений по предоставлению природного объекта государством в пользование как акта распоряжения землей со стороны собственника не изменится, но изменится юридическая форма (см. об этом: Общая теория советского земельного права / Под. ред. Н.А. Сыродова. — М.: Наука, 1983. С. 212; Краснов О.И. Право лесопользования в СССР. — М.: Наука, 1990. С. 71—72; выступление О.С. Колбасова на конференции, посвященной научным основам кодификации горного законодательства // Советское государство и право. 1962. № 7. С. 136).

⁵ «Правовой акт... опирается на властные полномочия его автора и является односторонним властным волеизъявлением» (Бахрах Д.Н. Административное право. — М., 1996. С. 159).

Итак, государство организует торги, проводит переговоры и т. п. с целью передачи участка недр в пользование и обязывает вступить недропользователя в предусмотренное правоотношение. Однако в момент издания акта государство основывается на согласии потенциального недропользователя: именно его обращение, победа в торгах, успешные переговоры служат обязательными предпосылками принятия соответствующего акта. Не случайно бланк лицензии на право пользования недрами¹ предусматривает его подписание постоянно действующим исполнительным органом юридического лица — недропользователя, что можно считать особой формой его волеизъявления.

Административные акты в своем роде «маскируют» фактически достигаемое государством и недропользователем соглашение (договор), в связи с чем недропользовательская практика ориентируется на заключение так называемых лицензионных соглашений². В судебной же практике стороны и суды чаще всего апеллируют к нормам Гражданского кодекса РФ о сделках и договорах³.

Опираясь на вышесказанное, юридический состав, влекущий возникновение права на добычу полезных ископаемых, можно представить как совокупность следующих юридических фактов:

1. Соглашение (договор) между государством и недропользователем.

2. Акт государственной регистрации лицензии в соответствии с Законом о недрах.

О юридическом значении такого акта закон упоминает дважды:

а) права и обязанности пользователя недр возникают с момента государственной регистрации лицензии на пользование участками недр (ч. 5 ст. 9);

б) сроки пользования участками недр исчисляются с момента государственной регистрации лицензий на пользование этими участками недр (ч. 5 ст. 10).

При этом в практике отсутствует заключение договора между государством и недропользователем в виде единого документа, подписанного сторонами (п. 1 ст. 160 ГК РФ). По верному замечанию О.А. Красавчикова, «оформление до-

говора никогда не должно быть смешиваемо с самим договором, взаимным волеизъявлением сторон... Оформление же договора — это только юридическое закрепление существующего взаимного волеизъявления»⁴.

В одних случаях процесс заключения соглашения с недропользователем состоит в проведении торгов и выявлении победителя, в других — в непосредственных переговорах с целью согласования «контрактных» условий пользования недрами. Достигнутая договоренность приобретает вполне определенное юридическое значение: решение экспертной (конкурсной, аукционной) комиссии является для государственных органов обязательным: они лишь утверждают его, не меняя содержания⁵. Об этом свидетельствует ст. 17 Закона о недрах, запрещающая уклонение от предоставления лицензий победителям конкурса или аукциона⁶. Необходимость вступления участников торгов в отношения недропользования очевидна.

Что касается решения о предоставлении права пользования участком недр (ст. 10.1 Закона о недрах), то в юридической литературе высказывалось правильное мнение, что его следует считать «частью встречного волеизъявления государства и недропользователя»⁷. Такая позиция основана на недопустимости отождествления следующих понятий — индивидуально-акта управления (административного акта) и управленческого решения. Известный административист А.В. Демин применительно к административному договору подчеркивает, что ему «атрибутивно предшествует не административный акт, а именно управленческое решение соответствующего должностного лица или коллегиального органа о заключении договора на определенный срок. Управленческие решения компетентных субъектов сопровождают деятельность исполнительной власти на всех ее этапах и во всех формах...»⁸. В действительности административный акт в сфере недропользования предстает как способ волеизъявления государства-собственника на вступление в гражданское правоотношение, обусловленный спецификой гражданско-правового статуса публично-правового образования. Составляя акт, государство-собственник в лице компе-

¹ См.: приложение № 1 к письму Роскомнедр от 10.09.1992 № ВО-61/2296 // Российские вести. 1993. 4 марта.

² См.: Ионова Ж. Лицензии и договоры в природопользовании // Хоз-во и право. 1997. № 11. С. 125—130. Если в начале 1990-х годов лицензионные соглашения составлялись на 3—4 листах, то теперь это объемные документы, исчерпывающим образом регулирующие отношения между государством и недропользователем (см., например, о практике заключения лицензионных соглашений в Ханты-Мансийском автономном округе: Основы рационального недропользования: Учеб. пособие / Под общ. ред. А.Н. Кирсанова. — М., 1999. С. 23—37).

³ См., например: постановления ФАС Северо-Западного округа от 08.11.2001 № А05-4865/01-297/21; от 02.04.2001 № А05-6565/00-342/21; от 05.08.2002 № А05-2690/02-123/17; постановление ФАС Западно-Сибирского округа от 12.05.2005 № Ф04-1916/2005 (10138-А81-16).

⁴ Красавчиков О.А. Юридические факты в советском гражданском праве. С. 121.

⁵ См.: Данилова Н.В. Конкурсы и аукционы на право пользования недрами: проблемы правового регулирования // Экологическое право. 2002. № 2. С. 42.

⁶ Упоминание здесь одной лицензии является ошибочным. Выдаче лицензии всегда предшествует решение компетентного государственного органа.

⁷ Туктаров Ю. Частная сущность права недропользования // ЭЖ-Юрист. 2005. № 14.

⁸ Демин А.В. Общие вопросы теории административного договора. — Красноярск, 1998. С. 69—70.

тентного органа (автора акта) фиксирует в надлежащей форме свое желание (волю) стать субъектом отношения по поводу пользования участком недр. Такой вариант допустим, так как государство может быть связано необходимостью оформления вступления в правоотношения соответствующими ненормативными актами; при этом административный акт не является единственным основанием возникновения отношений недропользования, так же как не может породить договорное обязательство решение общего собрания акционеров о совершении акционерным обществом крупной сделки.

Вместе с тем ст. 10.1 Закона о недрах провозглашает решение того или иного органа публичной власти основанием возникновения права пользования недрами. Другими словами, момент принятия решения определяет момент времени, когда завершается преддоговорный процесс, аналогично тому как момент заключения договора в соответствии с общими нормами гражданского законодательства определяется моментом получения оферентом акцепта своей оферты.

К сожалению, современное горное законодательство не отличается ясностью при комментировании вышеуказанных юридических фактов и вызываемых ими последствий, что приводит к ошибочному отрицанию сделочного (договорного) характера отношений между государством и недропользователем.

Логично предположить, что в будущем предоставление недр в пользование должно приобрести договорную форму, отражающую сущность любого договора как взаимосогласованной воли сторон, т. е. права и обязанности участников возникшего правоотношения должны определяться не только императивными, но и диспозитивными правовыми нормами. Это не противоречит принципу государственной регистрации права пользования участком недр как объектом недвижимости.

Рассуждая о значении договорного механизма предоставления недр в пользование, необходимо помнить об экономической эффективности и интересах инвесторов. В случае, если недра принадлежат государству по праву собственности, то допуск частных лиц к разработке месторождений также должен облекаться в договорную форму. При ином подходе выбор государством цивилистической конструкции вещного права для оформления собственной

юридической власти над недрами видится малопонятным. В своей работе о различиях сделки и административных актах М.М. Агарков писал: «Административный акт совершается субъектом, действующим в качестве представителя власти. Совершая такой акт, даже направленный на изменения в сфере имущественных отношений, субъект действует как представитель государственной власти, а не как субъект имущественных прав. Гражданская же сделка совершается лицом, действующим в качестве субъекта имущественных, т. е. гражданских прав»¹. Таким образом, государство, распоряжающееся принадлежащим ему по праву собственности имуществом, совершает распорядительные действия в форме сделки, если под сделкой понимаются действия, направленные на достижение определенных вещно-правовых и иных результатов.

Вспомним различные варианты правового режима недр, известные горному праву. Альтернативой государственной собственности на недра (системы горной регалии) является система горного верховенства государства (нем. *Berghoheit*), при которой недра принадлежат земельному собственнику или являются *res nullius*, но государство провозглашает свое верховное распоряжение недрами и надзор за горным промыслом², т. е. договор заменяется административным актом, издаваемым компетентным государственным органом, основываясь не на праве собственности государства, а на властных полномочиях суверенного государства.

Необходимо различать не административный акт и договор, а элементы публично-правового и частноправового регулирования отношений недропользования. Объектом внимания должны быть содержание правоотношений между государством и недропользователем и степень влияния сторон на определение содержания и судьбу самого правоотношения. Наиболее удачно эту мысль сформулировали ученые Института государства и права Российской академии наук: «... практически не имеет никакого значения, будут ли недра предоставляться на основе лицензии или договора. Можно выдавать такие лицензии, которые предоставят большую свободу недропользователям, и можно заключать такие договоры, при которых недропользователи будут связаны по рукам и по ногам»³.

¹ Агарков М. М. Понятие сделки по советскому гражданскому праву // Советское государство и право. 1946. № 3—4. С. 52.

² См.: Черепашин Б. Б. Труды по гражданскому праву. — М.: Статут, 2001. С. 86. Следует, правда, отметить, что горное верховенство в части публично-правового (технического, экологического и др.) надзора за горным промыслом характерно и для системы горной регалии.

³ Заключение Института государства и права Российской академии наук на проект Федерального закона «О недрах» // <http://www.duma.gov.ru/cnature> (дата рецепции — 15 января 2006 г.).