



КАФЕДРА
ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОГО ПРАВА
ЮРИДИЧЕСКОГО ФАКУЛЬТЕТА МГУ
имени М.В. Ломоносова



МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ М. В. ЛОМОНОСОВА

ПРЕДПРИНИМАТЕЛЬСКОЕ ПРАВО: СОВРЕМЕННЫЙ ВЗГЛЯД

Монография

*Ответственные редакторы
С.А. Карелина, П.Г. Лахно, И.С. Шиткина*

ЮСТИЦ  ИНФОРМ

Коллектив авторов

**Предпринимательское
право: современный взгляд**

«Юстицинформ»

2019

УДК 346
ББК 67.404

Коллектив авторов

Предпринимательское право: современный взгляд / Коллектив авторов — «Юстицинформ», 2019

ISBN 978-5-7205-1535-5

Монография подготовлена к юбилею известного российского ученого-правоведа, Заслуженного юриста Российской Федерации, Заслуженного профессора Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, заведующего кафедрой предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктора юридических наук, профессора Евгения Парфирьевича Губина. Здесь представлены работы учеников, последователей, друзей Евгения Парфирьевича – ведущих ученых, преподавателей, признанных в профессиональном сообществе специалистов. В публикациях рассматриваются актуальные проблемы современной науки предпринимательского права, тенденции и перспективы ее развития, анализируются важнейшие направления предпринимательского законодательства, правоприменительной практики. Значительное внимание уделено соотношению частноправового и публично-правового регулирования современных рыночных отношений, обеспечению баланса интересов их участников. Монография будет интересна ученым, преподавателям, студентам, практикам, судьям, работникам органов государственной власти и управления, а также всем специалистам, интересующимся проблемами предпринимательского права.

УДК 346
ББК 67.404

ISBN 978-5-7205-1535-5

© Коллектив авторов, 2019

© Юстицинформ, 2019

Содержание

Сведения об авторах	7
Список сокращений	10
Дорогие читатели!	11
Творческий путь Евгения Парфирьевича Губина	13
Глава 1	16
1.1. О новых горизонтах науки предпринимательского права	16
1.2. Система способов защиты гражданских прав и ее цивилистическая, конституционно-правовая и экономико- правовая рефлексия	22
1.3. Об экономико-правовом регулировании предпринимательства на современном этапе (опыт Таджикистана)	33
1.4. Правовые основы планирования: формирование и развитие предпринимательно-правовых подходов	41
Конец ознакомительного фрагмента.	45

Предпринимательское право: современный взгляд

*Нашему Учителю, Коллеге и Другу профессору Евгению
Парфирьевичу Губину посвящается*

© ООО «Юстицинформ», 2019

Сведения об авторах

Абросимова Елена Антоновна – заведующий кафедрой коммерческого права и основ правоведения Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, доцент (гл. 3, 3.3.)

Андреев Владимир Константинович – заведующий отделом гражданско-правовых и корпоративных исследований Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, академик РАЕН (гл. 3, 3.10.)

Афанасьева Екатерина Геннадиевна – доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 1, 1.6.)

Барков Алексей Владимирович – профессор кафедры гражданского права Саратовской государственной юридической академии, профессор департамента правового регулирования экономической деятельности Финансового университета при Правительстве РФ, доктор юридических наук (гл. 2, 2.6. в соавторстве с Гришиной Я.С.)

Белицкая Анна Викторовна – доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.17.)

Белых Владимир Сергеевич – заведующий кафедрой предпринимательского права Уральского государственного юридического университета, доктор юридических наук, профессор, Заслуженный деятель науки Российской Федерации (гл. 3, 3.5.)

Вайпан Виктор Алексеевич – проректор МГУ имени М.В. Ломоносова, доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ, Председатель Московского отделения Ассоциации юристов России, кандидат юридических наук, Почетный юрист города Москвы (гл. 2, 2.5.)

Габов Андрей Владимирович – доктор юридических наук, Заслуженный юрист Российской Федерации, член-корреспондент РАН (гл. 3, 3.6.)

Гаджиев Абдулла Гадисович – юрист компании «Иванян и партнеры» (гл. 1, 1.2. в соавторстве с Гаджиевым Г.А.)

Гаджиев Гадис Абдуллаевич – судья Конституционного Суда Российской Федерации, ординарный профессор Высшей школы экономики (г. Санкт-Петербург), доктор юридических наук, профессор (гл. 1, 1.2. в соавторстве с Гаджиевым А.Г.)

Гришина Яна Сергеевна – профессор кафедры гражданского права Российского государственного университета правосудия, доктор юридических наук, доцент (гл. 2, 2.6. в соавторстве с Барковым А.В.)

Давидян Гаяне Михайловна – доцент кафедры истории государства и права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук, доцент (гл. 2, 2.7.)

Дойников Игорь Валентинович – профессор кафедры предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор (гл. 1, 1.7.)

Егорова Мария Александровна – профессор кафедры конкурентного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), заместитель председателя исполнительного комитета и председатель комиссии по совершенствованию антимонопольного законодательства Московского отделения Ассоциации юристов России, доктор юридических наук, доцент (гл. 3, 3.9.)

Ершова Инна Владимировна – заведующая кафедрой предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е.

Кутафина (МГЮА), доктор юридических наук, профессор, Заслуженный юрист Российской Федерации (гл. 2, 2.1.)

Ильютченко Наталия Владимировна – доцент кафедры уголовного процесса, правосудия и прокурорского надзора Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук, доцент (гл. 3, 3.13.)

Исмаилов Шавкат Махмудович – профессор кафедры экономического, финансового и антикоррупционного права Таджикского государственного финансово-экономического университета, доктор юридических наук, профессор (гл. 1, 1.3.)

Карелина Светлана Александровна – профессор кафедры предпринимательского права, руководитель программы магистратуры по направлению «Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)» Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук (гл. 2, 2.2.)

Кичик Кузьма Валерьевич – доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.12)

Клеандров Михаил Иванович – главный научный сотрудник Института государства и права РАН, доктор юридических наук, профессор, член-корреспондент РАН (гл. 1, 1.1.)

Козлова Наталия Владимировна – заместитель декана и профессор кафедры гражданского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор (гл. 3, 3.4.)

Лаптев Василий Андреевич – судья Арбитражного суда г. Москвы, доцент кафедры предпринимательского и корпоративного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), старший научный сотрудник сектора предпринимательского права Института государства и права РАН, кандидат юридических наук (гл. 2, 2.4.)

Лаутс Елизавета Борисовна – доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.15.)

Лакно Петр Гордеевич – доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, исполнительный директор НОЦ «Энергетика и право», кандидат юридических наук, доцент, Почетный работник высшего профессионального образования Российской Федерации (гл. 2, 2.3.)

Лескова Юлия Геннадьевна – заведующая кафедрой предпринимательского, трудового и корпоративного права Института права и национальной безопасности Российской академии народного хозяйства и государственной службы при Президенте РФ, доктор юридических наук, доцент (гл. 1, 1.5.)

Ломакин Дмитрий Владимирович – профессор кафедры гражданского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор (гл. 3, 3.1.)

Маркалова Наталья Георгиевна – заведующая кафедрой гражданского и предпринимательского права Всероссийской академии внешней торговли Минэкономразвития России, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.8.)

Молотников Александр Евгеньевич – доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.18.)

Палехова Екатерина Алексеевна – соискатель кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова (гл. 3, 3.16.)

Паращук Сергей Анатольевич – доцент кафедры предпринимательского права, руководитель программы магистратуры по направлению «Конкурентное право» Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова», кандидат юридических наук (гл. 3, 3.11.)

Серова Ольга Александровна – заведующая кафедрой гражданского права и процесса Балтийского федерального университета имени И. Канта (г. Калининград), доктор юридических наук, профессор (гл. 1, 1.8.)

Филиппова Софья Юрьевна – доцент кафедры коммерческого права и основ правоведения Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 3, 3.2. в соавторстве с Шиткиной И.С.)

Фролов Игорь Валентинович – доцент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук, доцент (гл. 3, 3.14.)

Харитоновна Юлия Сергеевна – профессор кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, профессор (гл. 1, 1.4.)

Шерстобитов Андрей Евгеньевич – профессор кафедры гражданского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук (гл. 3, 3.7.)

Шиткина Ирина Сергеевна – профессор кафедры предпринимательского права, руководитель программы магистратуры по направлению «Корпоративное право» Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук (гл. 3, 3.2. в соавторстве с Филипповой С.Ю.)

Янковский Роман Михайлович – ассистент кафедры предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, кандидат юридических наук (гл. 2, 2.8.)

Список сокращений

БК РФ – Бюджетный кодекс Российской Федерации от 31 июля 1998 г. № 145-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3823.

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации, часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ; часть третья от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ; часть четвертая от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301; СЗ РФ. 1996. № 5. Ст. 410; СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552; СЗ РФ. 2006. № 52 (1 ч.). Ст. 5496.

Закон об акционерных обществах – Федеральный закон от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах» // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 1.

Закон о банкротстве – Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

Закон о государственных и муниципальных унитарных предприятиях – Федеральный закон от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ «О государственных и муниципальных унитарных предприятиях» // СЗ РФ. 2002. № 48. Ст. 4746.

Закон о защите конкуренции – Федеральный закон от 26 июля 2006 г. № 135-ФЗ «О защите конкуренции» // СЗ РФ. 2006. № 31 (1 ч.). Ст. 3434.

Закон об обществах с ограниченной ответственностью – Федеральный закон от 8 февраля 1998 г. № 14-ФЗ «Об обществах с ограниченной ответственностью» // СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 785.

Закон о приватизации – Федеральный закон от 21 декабря 2001 г. № 178-ФЗ «О приватизации государственного и муниципального имущества» // СЗ РФ. 2002. № 4. Ст. 251.

КоАП РФ – Кодекс Российской Федерации об административных правонарушениях от 30 декабря 2001 г. № 195-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 1 (ч. 1). Ст. 1.

Конституция РФ – Конституция Российской Федерации // СЗ РФ. 2014. № 31. Ст. 4398.

НК РФ – Налоговый кодекс Российской Федерации, часть первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ, часть вторая от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ // СЗ РФ. 1998. № 31. Ст. 3824; СЗ РФ. 2000. № 32. Ст. 3340.

УК РФ – Уголовный кодекс Российской Федерации от 13 июня 1996 г. № 63-ФЗ // СЗ РФ. 1996. № 25. Ст. 2954.

УПК РФ – Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации от 18 декабря 2001 г. № 174-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 52 (ч. I). Ст. 4921.

Дорогие читатели!

Вы держите в руках книгу, подготовленную к юбилею известного российского ученого-правоведа, Заслуженного юриста Российской Федерации, Заслуженного профессора Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, заведующего кафедрой предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктора юридических наук, профессора **Евгения Парфирьевича Губина**.

Это монографическое издание – коллективный труд учеников, последователей, друзей Евгения Парфирьевича, ведущих ученых, преподавателей, признанных в профессиональном сообществе специалистов. В публикациях рассматриваются актуальные проблемы современной науки предпринимательского права, тенденции и перспективы ее развития, анализируются важнейшие направления предпринимательского законодательства, правоприменительной практики. Значительное внимание уделено соотношению частноправового и публично-правового регулирования современных рыночных отношений, обеспечению баланса интересов их участников, методологии преподавательской деятельности.

Широкий спектр направлений исследования, кругозор авторов этой работы характеризует многоплановость и значение деятельности, которую осуществляет Е.П. Губин как в стенах Московского университета, так и за его пределами.

Работа написана на высоком научном и методологическом уровне. Этот труд свидетельствует о значении научной школы предпринимательского права, в создании которой нельзя переоценить ведущую роль Е.П. Губина.

При последовательном проведении идей школы предпринимательского права незыблемым достоинством этого издания является комплексность проведенных исследований. Под обложкой этой книги собраны труды ведущих преподавателей целого ряда кафедр нашего факультета – кафедры предпринимательского права, гражданского права, коммерческого права и основ правоведения, уголовного процесса, истории государства и права. И мне как декану Юридического факультета приятно видеть такое сотрудничество, демонстрирующее единство наших целей, идеологии и методики преподавания. Но не только наши преподаватели, но и преподаватели других российских и зарубежных вузов, известные специалисты-практики участвовали в написании этой монографии.

Не пренебрегая значением научной составляющей этого труда, отмечу его высокий эмоциональный уровень – работа создана с огромной любовью и уважением к юбиляру, друг другу и делу, которое делают его авторы, – развитию российской науки и образования.

С уважением, декан Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктор юридических наук, Заслуженный деятель науки Российской Федерации, член-корреспондент Российской академии образования А.К. Голиченков



Евгений Парфирьевич Губин

Творческий путь Евгения Парфирьевича Губина

28 апреля 2019 г. исполняется 70 лет со дня рождения известного российского ученого-правоведа, Заслуженного юриста Российской Федерации, Заслуженного профессора Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова, члена Ученого совета университета, заведующего кафедрой предпринимательского права Юридического факультета МГУ имени М.В. Ломоносова, доктора юридических наук, профессора **Евгения Парфирьевича Губина**.

На Юридический факультет МГУ имени М.В. Ломоносова Е.П. Губин поступил в 1972 г., после службы в Советской армии. Окончил обучение с отличием в 1977 г. и был рекомендован в аспирантуру по кафедре гражданского права. В студенческие и аспирантские годы Е.П. Губин активно участвовал в общественной и научной студенческой жизни факультета и университета, избирался секретарем комитета ВЛКСМ факультета. В 1980 г. он успешно защитил кандидатскую диссертацию на тему «Обеспечение интереса в гражданско-правовых обязательствах» – под руководством д.ю.н., проф. Г.П. Савичева и с 1981 г. был оставлен для работы на кафедре в должности ассистента. Работая на кафедре гражданского права, Е.П. Губин в течение пяти лет одновременно выполнял обязанности старшего преподавателя – начальника курса. В 1988 г. ему было присвоено ученое звание доцента.

8 июня 1989 г. приказом № 507 ректора МГУ академика АН СССР А.А. Логунова на юридическом факультете была учреждена кафедра хозяйственного права и правового регулирования внешнеэкономической деятельности, переименованная Решением Ученого совета университета 28 сентября 1992 г. (протокол № 10) в кафедру предпринимательского права. Кафедру возглавил известный специалист в области гражданского и хозяйственного права, доктор юридических наук, профессор Анатолий Григорьевич Быков. Е.П. Губин со дня основания кафедры работает доцентом, заместителем заведующего кафедрой. Кафедра занималась преподаванием предпринимательского права, подготовкой молодых ученых, изучением теоретических основ правового регулирования предпринимательской деятельности. С 2001 г. Е.П. Губин – исполняющий обязанности заведующего кафедрой, а с 2004 г. – заведующий кафедрой, которой руководит и в настоящее время. В 2005 г. году Евгений Парфирьевич с успехом защитил докторскую диссертацию по теме «Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства».

Е.П. Губин всегда уделял и уделяет большое внимание развитию юридического образования: на высоком профессиональном уровне выполняет все виды педагогической нагрузки: читает общий курс лекций по предпринимательскому праву, спецкурсы «Теоретические проблемы предпринимательского права», «Теория и практика правового регулирования предпринимательской деятельности», «Основы корпоративного права», «Правовое регулирование рынка ценных бумаг», «Государственное регулирование рыночной экономики: правовые вопросы» и др., ведет семинарские занятия, является руководителем большого количества дипломных и курсовых работ, осуществляет руководство аспирантами и соискателями, является научным консультантом по докторским диссертациям.

За годы руководства кафедрой предпринимательского права Е.П. Губиным было опубликовано более 120 научных и учебно-методических работ (статьи, монографии, комментарии к законам, учебники и др.). В Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова был издан первый в Российской Федерации учебник по предпринимательскому праву «Предпринимательское право Российской Федерации» для студентов образовательных учреждений среднего профессионального образования, обучающихся по специальности «правоведение» (под ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно. М.: Юристъ, 2001; второе издание данного учебника, перераб. и доп. М.: Норма, 2008). Первый учебник в Московском университете для студентов

образовательных организаций, обучающихся по направлению подготовки «юриспруденция», квалификация (степень) «бакалавр», квалификация (степень) «магистр» (под ред. Е.П. Губина, П.Г. Лахно, М.: НОРМА – Инфра-М) выдержал уже несколько изданий – в 2005, 2010 и 2017 гг. Е.П. Губин является одним из ответственных редакторов практического курса «Предпринимательское право» (М., 2011, 2016, 2017). Е.П. Губин – автор получившей широкое научное признание и высокую оценку профессионального сообщества монографии «Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы» (М., 2005, 2017); «Предпринимательское право в рыночной экономике» (М., 2004), а также других не менее значимых монографических изданий – «Правовое регулирование предпринимательской деятельности в условиях экономического кризиса: опыт России и Германии» (М., 2010), «Правовое регулирование экономических отношений в современных условиях развития цифровой экономики» (под ред. В.А. Вайпана, М.А. Егоровой. М., 2019) и др. Является соавтором учебника «Корпоративное право» (М., 2007, 2019), учебного курса «Корпоративное право» (М., 2017, 2018), учебного курса «Несостоятельность (банкротство)» (2019). По инициативе Е.П. Губина подготовлен ряд сборников аспирантских и студенческих работ под руководством опытных преподавателей кафедры. Имеются публикации в зарубежных изданиях на иностранных языках.

Под участием Е.П. Губина в 2010 г. была организована первая магистерская программа на Юридическом факультете МГУ имени Ломоносова – «Корпоративное право». В дальнейшем, с переходом на болонскую систему образования, были образованы и активно реализуются еще три магистерские программы: «Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)» – с 2014 г.; «Правовое регулирование предпринимательской деятельности (Право и бизнес)» – с 2015 г.; «Конкурентное право» – с 2015 г. Данные программы с каждым годом привлекают все больше студентов, заслужили доверие работодателей – выпускники этих программ очень востребованы на рынке труда. В апреле 2016 г. Ученым советом факультета утверждена магистерская программа «Энергетическое право».

Е.П. Губиным осуществляется поддержка программ дополнительного профессионального образования, что укрепляет имидж Юридического факультета в профессиональном сообществе. Кафедрой реализуются программы повышения квалификации для специалистов с высшим и средним профессиональным образованием: «Юрист компании»; «Корпоративное право: актуальные вопросы законодательства и правоприменения»; «Институт несостоятельности (банкротства): теория и практика правоприменения».

Нельзя не отметить значение научно-просветительской деятельности Е.П. Губина. Е.П. Губин является главным соредактором журнала «Предпринимательское право», приложения к данному журналу, членом редколлегии журналов «Вестник Московского университета. Серия 11. Право», «Государство и право», «Право и экономика». Евгений Парфирьевич руководит совместно с коллегами по кафедре рядом приоритетных для факультета проектов: «Школа мастеров» для студентов МГУ имени М.В. Ломоносова и студенческого сообщества г. Москвы (с 2015 г.); «Школа права» для школьников 7–10 классов (с 2017 г.); «Академический клуб» для преподавателей факультета (с 2016 г.), «Центр азиатских правовых исследований» (с 2017 г.); поддерживает издание студенческого журнала «ПРИМ» (с 2011 г.); деятельность научно-образовательных центров «Право и бизнес» (с 2013 г.) и «Энергетика и право» (с 2014 г.), «Государственные закупки».

Под руководством Евгения Парфирьевича Губина кафедра предпринимательского права заслуженно занимает первые строки в рейтинге среди других кафедр факультета.

Е.П. Губин имеет активную гражданскую позицию: принимает непосредственное участие в разработке действующего законодательства, является членом научно-консультативного совета при Верховном Суде Российской Федерации, при Арбитражном суде г. Москвы, при Государственной корпорации «Агентство по страхованию вкладов», экспертом Комиссии по

совершенствованию антимонопольного законодательства РФ, возглавляет Комиссию Московского регионального отделения Общероссийской общественной организации «Ассоциация юристов России» по правовому регулированию экономической деятельности.

Е.П. Губин имеет тесную связь с практикой, являясь членом ряда постоянно действующих третейских судов, в частности, Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ, участвует в защите прав предпринимателей в судах при рассмотрении особо значимых для российской правоприменительной практики споров.

Под научным руководством Е.П. Губина защищено 27 кандидатских и 2 докторские диссертации. Е.П. Губин является членом диссертационного совета 12.03 МГУ, входит в члены диссертационного совета по специальности 12.00.03. при Институте государства и права РАН РФ.

В интервью студенческому журналу «ПРИМ» Евгений Парфирьевич сказал: «Научный руководитель – это точно не тот человек, который за тебя что-то делает. Наоборот, это тот человек, который заставляет тебя что-то делать».

Научный руководитель совсем необязательно должен быть один на все времена. Передо мной собирательный образ научного руководителя: на втором, третьем и четвертом курсах моим научным руководителем по курсовым работам был профессор В.П. Грибанов; научным руководителем по дипломной работе – профессор С.М. Корнеев; научным руководителем при написании кандидатской диссертации – профессор Г.П. Савичев, а научным вдохновителем в течение всех лет работы на кафедре предпринимательского права юридического факультета МГУ, которой в июне 2019 г. исполнится 30 лет, профессор А.Г. Быков.

И каждому из них я благодарен за мудрость, доброту, требовательность, внимание, человеческое тепло, знания».

Именно таким научным руководителем, ученым и учителем, истинным профессором Московского государственного университета является Евгений Парфирьевич Губин!

Глава 1

Общие положения науки предпринимательского права

1.1. О новых горизонтах науки предпринимательского права

Аннотация. В статье указывается на широкий спектр существующих проблем в науке предпринимательского права. Автор указывает на необходимость принимать во внимание все ускоряющийся темп общественного развития, бурное и активное внедрение научно-технических, социальных и иных достижений в повседневную жизнедеятельность предпринимательских структур.

Ключевые слова: предпринимательское право, экономика, научно-технический прогресс.

Annotation. The article points to a wide range of existing problems in the science of business law. The author draws attention to the need to take into account the accelerating pace of social development, rapid and active implementation of scientific, technical, social and other achievements in the daily life of business structures.

Keywords: business law, Economics, scientific and technological progress.

В последние годы научные исследования в сфере предпринимательского права ведутся широким фронтом и с достаточной степенью глубины. Прежде всего это относится к соответствующим научно-исследовательским структурам – сектору в Институте государства и права РАН, кафедрам в Московском государственном юридическом университете имени О.Е. Кутафина (МГЮА) и в Московском государственном университете имени М.В. Ломоносова (МГУ). Последнюю из названных (но отнюдь, не последнюю по значимости и эффективности исследований) и возглавляет наш юбиляр – доктор юридических наук, профессор Е.П. Губин, имеющий еще множество научных регалий и иных отличий, в том числе – членство в редакционной коллегии академического журнала «Государство и право».

Вполне успешно Е.П. Губин осуществляет – в той или иной форме – общее руководство (координацию и пр.) ведущимися на возглавляемой им кафедре сотрудниками кафедры, аспирантами и студентами научными исследованиями по многим научным сегментам и институтам науки предпринимательского права.

Но не менее успешны и результативны успехи и достижения Е.П. Губина в исследовании проблем теории и методологии предпринимательского права, корпоративного права, государственного регулирования рыночных отношений в России, правового регулирования иностранных инвестиций, правового регулирования рынка ценных бумаг, защиты прав инвесторов и т. д.

И весьма отрадно, что результаты этих научных исследований Е.П. Губина в различных проявлениях востребованы и в учебном процессе, и в правоприменительной практике, и в законопроектной работе, и в подготовке кадров высшей научной квалификации. Особенно это заметно в тематике журнала «Предпринимательское право», главным редактором (соредактором совместно с И.В. Ершовой и В.Ф. Попондопуло) уже более двадцати лет работает Е.П. Губин¹.

Нет сомнений в том, что и сам юбиляр, и возглавляемый им коллектив кафедры владеют верной методологией в организации и проведении крупномасштабных целевых научных исследова-

¹ См., напр.: Предпринимательское право. М.: Юрист. 2018. № 3.

дований, грамотно планируют их, прогнозируя будущие затруднения и проблемы в народно-хозяйственной сфере нашей страны, и в дальнейшем не менее успешно организуют и проводят эти исследования.

Но спектр уже существующих проблем в науке предпринимательского права необыкновенно широк, а арсенал способов их решения чрезвычайно объемён. Нужно при этом принимать во внимание все ускоряющийся темп общественного развития, бурное и активное внедрение научно-технических, социальных и иных достижений в повседневную жизнедеятельность предпринимательских структур – и становящееся все более очевидным отставание законодательного и иного нормативно-правового регулирования в векторе этих нововведений.

Поэтому, очевидно, будут не излишними нижеследующие авторские размышления о возникающих на дальнем горизонте проблемах науки предпринимательского права, с которыми с неизбежностью вскоре придется столкнуться, прежде всего, ученым-юристам, специализирующимся на исследованиях в многогранных сферах этой важной и интересной отрасли юридической науки.

Так, по всей видимости, понятие предпринимательской деятельности вскоре предстоит расширить. Сейчас оно, по сути, легально закреплено в ст. 2 ГК РФ и там трактуется как выполнение работ, оказание услуг, изготовление продукции. То есть выполнил, оказал, изготовил и результаты своего труда обменял на деньги (оплатив при этом налоги, произведя всевозможные социальные и иные отчисления и пр.), которые можешь тратить на свои нужды, в том числе – на развитие производства. Это классические товарно-денежные отношения. Но вот появился совсем недавно новый вид деятельности – производство так называемой криптовалюты (блокчейн). То есть само производство уже самих денег – криптовалюты, за непосредственно которую уже сейчас можно кое-что купить. А можно и обменять на рубли или иностранную валюту, но этот обмен в любом случае товарно-денежными отношениями не может считаться. Здесь «деньги – деньги», а товарно-денежные отношения «деньги – товар – деньги» (с плюсом, с прибылью). Но чем производство денег (криптовалюты) непосредственно человеком, а не государством, считать, кроме как предпринимательской деятельностью? Правда, производство любых денег, кроме криптовалюты, непосредственно человеком, а не государством, издавна и во всем мире считается фальшивомонетничеством, уголовно и сурово караемом повсеместно...

Проблема здесь, разумеется, комплексная, но ответ на базовый, стержневой вопрос: производство биткоинов – это предпринимательская деятельность? – должна дать исключительно наука предпринимательского права. Отрицательный ответ (даже если будет принят федеральный закон, легализующий этот вид производственной деятельности) будет означать, что криптовалюта – это не деньги. Положительный ответ потребует корректировки многих законоположений ряда отраслей законодательства, и не только предпринимательского, что, в свою очередь, потребует предварительной масштабной научной проработки проблемы.

Проглядываются в качестве будущих субъектов права, в том числе и самостоятельной отрасли предпринимательского права, такие высокотехнологические создания, как искусственный интеллект, роботизированные системы и пр. В отечественной научной юридической литературе предлагается (О. Ястребовым из РУДН) наделить их правами электронного лица². То есть появятся, помимо физических лиц и юридических лиц, такие субъекты права, как электронные лица, притом что кое-где за рубежом роботов уже наделили правом полноценного гражданства.

Поступь научно-технического прогресса неумолима, и роботостроение в своем развитии, с обретением роботами какого-нибудь 25-го поколения искусственного интеллекта высо-

² Ястребов О.А. Искусственный интеллект в правовом пространстве: концептуальные и теоретические подходы // Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой и международно-правовой анализ: Сб. материалов к XII Ежегодным научным чтениям памяти С.Н. Братуся. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Статут, 2017. С. 271–283.

кого (высочайшего) уровня электронного мышления, с неизбежностью приведет к преобразованию роботов из объектов права в субъекты права. А начав «вести себя», самостоятельно ставя перед собой задачи и успешно их решая, эти роботизированные системы обязательно создадут качественно новые, по сравнению с нынешними, проблемы перед человечеством, в том числе в сфере предпринимательских отношений. И данную научную проблематику, в частности – в предпринимательском праве, уже сейчас стоит начать разрабатывать. А этот сегмент научной проблематики весьма обширен, он ведь включает и необходимость в будущем полномасштабной специализированной – судебной-цифровой – юрисдикции. Что, безусловно, не должно привести к появлению судей-роботов, которые базовую для правосудия категорию справедливости, органичную для человека, не смогут ни запрограммировать, ни реализовать в полном объеме.

Смутно проглядывается еще один институт предпринимательского права. Институт явно из системы предпринимательского права как отрасли науки (не законодательства, тем более не учебной дисциплины). Речь идет о сегментах, правовыми средствами обеспечивающих регулирование отношений в рамках территориальной экономики. Несмотря на то что корни этого регулирования можно обнаружить в еще в совнархозах времен Н.С. Хрущева, как и позже – в форме промышленных узлов, территориально-производственных и агропромышленных комплексов, ни тогда, ни сейчас оно должный понятийный аппарат не обрело. В прошлые времена было ясно: речь идет об оптимальном сочетании территориальных и отраслевых начал в управлении экономикой на определенной территории. В условиях плановой экономики и доминирования государственной формы собственности в народном хозяйстве (а значит – и на определенной территории) это было естественно.

В условиях рыночной экономики с разнообразными собственниками на ограниченной территории прежние подходы не годятся (о решениях проблемы в прошлом, прежде всего – правовыми средствами речь не идет, проблема даже в экономической теории решена не была). Но последние несколько лет, встав во весь рост, она обостряется. И юридическая наука должна сказать здесь свое веское слово. А какая иная отрасль юридической науки, кроме как предпринимательское право, этим делом должна заниматься? Во всяком случае, пока – при любом классифицировании отраслей юридической науки – только названная отрасль.

О чем речь? О появившихся, по историческим меркам – недавно, региональных экономических образованиях: территориях опережающего развития (ТОР) (их в настоящее время 19), особых экономических зонах (ОЭЗ), территориях опережающего социально-экономического развития (ТОСЭР, их 62), специальных административных районах (САР) и т. п. (даже четыре так и не сложившиеся зоны для казино вполне сюда вписываются). С натяжкой сюда можно включить даже две группы субъектов РФ – на Дальнем Востоке и на Северном Кавказе. Специально созданные федеральные министерства по делам этих территорий позволяют подобное включение считать правомерным. В обиходе эти территории именуют внутренними оффшорами. Главной привлекательной для инвесторов (прежде всего, зарубежных) особенностью этих территорий провозглашается особый правовой режим хозяйствования, создаваемый в них.

Вот этот правовой режим (видимо, точнее, пока правовой ландшафт) и есть главное – для науки предпринимательского права. Пока же в плане фундаментального правового обеспечения (создания нужного правового ландшафта) дело у нас обстоит неважно. Например, было принято решение о создании САР на острове Октябрьский в Калининградской области. Начали создавать, и обнаружилось, что такой обособленной административно-территориальной единицы – остров Октябрьский – нет в природе, территория острова Октябрьский входит юридически в качестве неотделенной части в территорию Московского района г. Калининграда. А ведь с вопроса наличия возможности административно-территориального обособления САР и нужно начинать проработку всей модели любого САР. Поскольку на этой

– обособленной – территории будет создан льготный правовой режим для ведения предпринимательской деятельности привлекаемыми инвесторами. А для неотчужденной части административно-территориального образования такой режим невозможно создать по определению.

Но и уже созданные, со специальным, льготным правовым режимом, с особым правовым ландшафтом, территориально обособленные экономические образования в подавляющем большинстве случаев привлекательными для инвесторов не становятся. Явно по причине недостаточно эффективного правового режима, созданного для них (и явно дефектной правоприменительной практики, но она и вне этих территорий для предпринимательства – обыденное явление).

Федеральный закон от 29 декабря 2014 г. № 473-ФЗ «О территориях опережающего социально-экономического развития в Российской Федерации» несмотря на несколько дополнений и изменений (последнее из которых от 3 августа 2018 г. № 341-ФЗ)³, хотя и содержит среди своих 36 статей специальную статью 17 «Особый правовой режим осуществления предпринимательской и иной деятельности на территории опережающего социально-экономического развития», весьма далек от совершенства.

Можно назвать, навскидку ряд недостатков чисто правового характера, но главным из них, по мнению автора, является отсутствие специального организационно-правового механизма защиты прав и интересов инвестора при их нарушении или оспаривании. Любые споры экономического характера на стадии судебного их разрешения на данной территории – это юрисдикция наших арбитражных судов. И эти споры нашими арбитражными судами разрешаются в обычном процессуально-процедурном режиме. А от нашей арбитражно-судебной юрисдикции стремятся убежать в зарубежную даже наши отечественные предприниматели.

Наверняка любой более-менее крупный иностранный потенциальный инвестор перед вложением средств в наш внутренний оффшор тщательно проработает важнейшие для него вопросы: каково законодательство места его предстоящих капиталовложений; каков судебный механизм защиты его прав, если они там будут нарушены, и т. д. И узнав, что в первой половине 2017 г. Генеральная прокуратура РФ выявила существование около ста тысяч законодательных и иных нормативно-правовых актов субъектов РФ и муниципалитетов, противоречащих федеральному законодательству, но не отмененных и тем самым обязательных к применению арбитражными судами, скорее всего, перенаправит свои инвестиционные устремления в адрес другого государства. Туда, где создан и действует специальный – для иностранных инвесторов – механизм разрешения экономических споров, например, в Республику Казахстан.

А ведь институт защиты хозяйственных (ныне предпринимательских) прав издавна был традиционным институтом системы хозяйственного права. И разработка судебного – государственного, а не третейского – механизма разрешения предпринимательских споров с участием иностранных (желательно крупных) инвесторов (и даже – между иностранными инвесторами, «вкладывающимися» в нашу территорию) – вполне посильная задача для науки предпринимательского права. Дело в осознании необходимости решения такой проблемы (и даже предварительно в самом осознании ее существования), а затем – в постановке комплекса задач, решающих эту проблему.

По непроверенной информации, федеральное правительство разрабатывает (или поддерживает идею разработки) концепции специальных инвестиционных судов, звеньев в арбитражно-судебной системе. По большому счету, это потребует серьезной корректировки судостроительной, судопроизводительной и судейско-статусной составляющих всего организационно-правового механизма российского правосудия. Точечными изменениями законо-

³ Федеральный закон от 03.08.2018 № 341 – ФЗ «О внесении изменений в Земельный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в части упрощения размещения линейных объектов» // СЗ РФ. 2018. № 32 (Часть II), Ст. 5134.

дательства здесь явно обойтись не получится. Значит – потребуется серьезная научная проработка этих нововведений. Отсутствие которой вкуче, вероятно, с иными причинами привели к несостоятельности при исполнении решения о создании Международного финансового центра (в г. Москве), принятого в 2012 г., где в качестве специального судебного механизма разрешения экономических споров с участием иностранных инвесторов предполагалось ограничиться созданием отдельного судебного состава в Высшем Арбитражном Суде РФ. А вот в Республике Казахстан решение о создании Международного финансового центра (в г. Астане), принятого недавно, сопровождается решением о создании специального Международного суда для разрешения экономических споров с участием иностранных инвесторов. И это – не третейский суд, поскольку параллельно с ним решено создать при названном Международном финансовом центре и Международный третейский суд. Но при этом названный Международный суд для разрешения экономических споров при Международном финансовом центре, дислоцирующийся в г. Астане, не будет входить в судебную систему Республики Казахстан.

И еще один потенциальный субъект предпринимательского права буквально «стучится» в двери предпринимательского законодательства, а соответственно – в основополагающие начала науки предпринимательского права. Речь идет о так называемых самозанятых, которых иначе как предпринимателями посчитать никак нельзя. От легальных индивидуальных предпринимателей без образования юридического лица – классического, традиционного субъекта предпринимательского права – их принципиально отличает одно: они нелегитимны, не зарегистрированы в установленном законом порядке. Но ведь и закона, устанавливающего порядок их регистрации, как и определяющего их правовой статус, пока нет. А судя по многочисленным публикациям в СМИ, легализацией самозанятых, официализацией их правового статуса, прежде всего, озадачены налоговые органы, преследующие чисто фискальные интересы.

При этом налогообложение той основной массы самозанятых предпринимателей, которые проживают и осуществляют предпринимательскую деятельность в городах и иных более-менее крупных населенных пунктах (выполняют работы, оказывают услуги, выпускают продукцию), представляется нормальным, естественным явлением. Если, конечно, размеры налогов и иных обязательных неналоговых платежей будут разумными, как разумным будет и администрирование этих налогов и неналоговых платежей.

Но вот приравнивание к данной группе налогоплательщиков тех самозанятых предпринимателей, которые проживают в малых отдаленных сельских поселениях, где никакой работы нет, где единственное градообразующее предприятие – похоронное бюро (и то, если оно там есть), где ведение любой – по сути, а не по форме – предпринимательской деятельности (сбор грибов, ягод и иных дикоросов, охота и рыбалка, ремесленные поделки и пр.) есть единственный способ элементарного выживания, в чем государство не оказывает совершенно никакой помощи, представляется абсолютно неверным.

Именно таких (такой группы) самозанятых предпринимателей и так мало, и с сокращением числа «вымирающих деревень» их все становится меньше. Тенденция отчетлива – огромные территории нашей страны (прежде всего на востоке севернее Транссиба) все более обезлюдняются. И обложение даже минимальным налогом проживающих там самозанятых граждан этот процесс ускорит. Наоборот, государство должно этим гражданам выплачивать своеобразный налог (следует, видимо, ввести понятие «налог с обратным знаком») с единственной целью: чтобы данные граждане не уезжали из этих отдаленных сельских поселений. Даже превращение их части из самозанятых предпринимателей в государственных трудоспособных иждивенцев (а это, в том числе, проблема социальной психологии) – меньшее зло по сравнению с полным обезлюднением громадных площадей на территории нашей страны.

Научная проработка обозначенных выше проблем – важная, злободневная и явно интересная задача для науки предпринимательского права.

Библиография:

1. Предпринимательское право. М.: Юрист. 2018. № 3.
2. *Ястребов О.А.* Искусственный интеллект в правовом пространстве: концептуальные и теоретические подходы // Правосубъектность: общетеоретический, отраслевой и международно-правовой анализ: Сб. материалов к XII Ежегодным научным чтениям памяти С.Н. Братуся. М.: Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. Статут, 2017.

1.2. Система способов защиты гражданских прав и ее цивилистическая, конституционно-правовая и экономико-правовая рефлексия

Аннотация. В статье исследуется система способов защита гражданских прав, закрепленная в ст. 12 ГК РФ. Авторы представляют необходимым и возможным создание правовой модели, которая охватывала бы все возможные способы защиты гражданских прав. Используя исторический, системный метод, разработки науки логики и философии, авторы приходят к выводу, что способы защиты основаны на применении общеправового принципа пропорциональности и принципа равного правонаделения.

Ключевые слова: правовая система, принципы права, защита прав, правовые средства.

Annotation. The article examines the system of ways to protect civil rights enshrined in article 12 of the Civil code. The author considers it necessary and possible to create a legal model that would cover all possible ways to protect civil rights. Using the historical, systematic method, development of science of logic and philosophy, the author comes to the conclusion that the methods of protection are based on the application of the General principle of proportionality and the principle of equal law.

Keywords: legal system, principles of law, protection of rights, legal means.

1. Социальная ценность частного права во многом детерминируется тем, что оно основано на таких базовых постулатах, как идея частной автономии, свобода экономической деятельности (свобода договора), и обусловленных ими особых способах защиты нарушенных прав, регулируемых гражданским законодательством. Обычно система способов защиты гражданских прав (ст. 12 ГК РФ) рассматривается только в одном ракурсе – с точки зрения цивилистической догматики.

В статье предлагается иной, стереоскопичный взгляд на нее, включающий конституционно-правовую и экономико-правовую научную рефлексия.

2. Учение о способах защиты нарушенных субъективных гражданских прав является результатом так называемой юридической логики и составляет часть цивилистической догматики. Оно появилось как элемент пандектной системы гражданского права, одним из создателей которой был Г. Пуфендорф и которая предполагает разделение всего корпуса норм гражданского права на нормы, составляющие общую часть и особенную часть.

Исследования, проведенные замечательным русским философом права Е.В. Спекторским, свидетельствуют о том, что первым идею разделения на общую и особенную часть предложил профессор Йенского университета Эдгар Вейгель, который был учителем как Г. Пуфендорфа, так и Лейбница⁴. Первоначально Вейгель преподавал геометрию, когда же он волею судьбы стал преподавать гражданское право, он решил построить свой курс по той же методике, по которой он преподавал геометрию Евклида. Вейгель обладал универсальными знаниями, он был и математик, и астроном, и юрист и был поглощен мыслью о единстве человеческого знания, об универсальности и общеприложимости математических методов познания. Поэтому он решил доказать возможность сближения отдельных, дотоле разрозненных наук. Это он вызвал тот самый «спор факультетов», который возник из-за попыток пересоздания наук и изменения методов их изучения. В результате даже возник скандал – философский факультет Йенского университета объявил, что он отказывается терпеть в своей среде ученого, нарушающего привычные границы между науками, преподающего их совершенно новым способом, основанным на чрезмерном увлечении *principiis geometricis*. Между тем «спор факуль-

⁴ Спекторский Е.В. Эдгар Вейгель – забытый рационалист XVII века. Варшава. 1909.

тетов» можно рассматривать как одну из первых в юриспруденции дискуссий по юридической эпистемологии.

Так произошло проникновение когнитивных идей из геометрии в область права. Есть много общего между арифметическим действием, которое называется извлечением общего корня из числа, и формированием системы способов защиты прав в общей части гражданских кодексов.

Перечисление абстрактных способов защиты прав в ст. 12 ГК РФ является извлечением из специальных норм о способах защиты вещных (ст. 302 и 305), корпоративных (ст. 65²), обязательственных (ст. 307¹, 308³), личных неимущественных (ст. 150–152²) и исключительных прав (ст. 1250).

Но является ли перечисление способов защиты гражданских прав в ст. 12 ГК РФ действительно системой, или же это своего рода инкорпорация или просто систематизация?

Системный анализ в области правовых исследований давно уже стал частью цивилистической методологии, являющейся частным случаем общей методологии систем⁵. Естественно, что система способов защиты прав, равно как и система объектов гражданских прав, являются частями более крупной системы – системы гражданского права, включающей в себя и систему объектов гражданских прав, и систему источников гражданского права. Сравнение интересующей нас системы способов защиты с системой объектов гражданских прав не случайно, оно продиктовано тем, что в отечественной цивилистике есть прекрасные исследования именно этой системы⁶. В.А. Лапач выдвинул гипотезу о том, что объекты гражданских прав – это иерархически структурированная *система* правовых понятий, структурно упорядоченное системное целое, обладающее собственным качеством и относительной самостоятельностью (устойчивостью) по отношению к составляющим его частям.

Эта система в ст. 128 ГК РФ представлена видами объектов гражданских прав; к объектам гражданских прав относятся: вещи, включая деньги и ценные бумаги, иное имущество, в том числе имущественные права; результаты работ и оказания услуг; охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (интеллектуальная собственность); нематериальные блага. Системный характер этой правовой модели объектной действительности проявляется прежде всего в том, что она «накрывает» собой весь возможный спектр реалий, по поводу которых складываются отношения, образующие предмет гражданско-правового регулирования.

Рассуждая по аналогии, почему бы не создать такую правовую модель, системную по своей природе, которая охватывала бы все возможные способы защиты гражданских прав? Полагаем, что это и возможно, и необходимо, но только с той оговоркой, что ст. 12 ГК РФ не является полным описанием этой системы. Собственно, правило открытого перечня способов защиты, содержащееся в последнем абзаце этой статьи – в словах «иными способами, предусмотренными законом», предполагает, что есть и иные способы защиты гражданских прав. Но всегда ли эти способы «предусмотрены законом», имея в виду, что в соответствии с легальным толкованием понятия «закон» в тексте ГК РФ (абз. 1 п. 2 ст. 3 ГК РФ) под законом понимаются только «Гражданский кодекс и принятые в соответствии с ним иные федеральные законы..., регулирующие отношения, указанные в пунктах 1 и 2 статьи 2 настоящего Кодекса».

Как и система объектов гражданских прав, система способов защиты гражданских прав, помимо поименованных в ст. 12 ГК РФ способов защиты, должна включать в себя не только весь возможный спектр способов защиты, сложившихся в правовой реальности (а не только предусмотренных в гражданском законодательстве), но и правила их применения. Идея, которая аргументируется в настоящей статье и которая является основной, состоит в том, что в

⁵ См.: Мозилевский В.Д. Методология систем. М., 1999.

⁶ Лапач В.А. Система объектов гражданских прав. СПб, 2002.

правовой реальности спонтанно складываются не только новые способы защиты гражданских прав, но и принципы их применения. Во многом эти принципы являются результатом конституционализации гражданского законодательства.

В авторский замысел входит также рассмотрение системы способов защиты гражданских прав не только с позиций цивилистики как науки, но и в иных ракурсах или аспектах, которые не принято применять в науке гражданского права, но которые получили признание в конституционном праве и в новой исследовательской междисциплинарной программе, именуемой «Право и экономика». Новые методы, применяемые к изучению реально существующих способов защиты гражданских прав, по нашему глубокому убеждению, расширяют предметное поле науки гражданского права, обогащают его новыми познавательными структурами. В частности, в статье будет использоваться идея об особом «договорном мышлении». Собственно, его изучение относится к предмету изучения юридической эпистемологии, являющейся частью философии права. Однако мы согласны с мнением М.Н. Семякина о том, что «современная частноправовая доктрина, как и в прошлое время, связана, главным образом, с догматическим направлением ее развития, которое в нынешних условиях находится далеко не в лучшем состоянии. Для прояснения ее “внутренней истории”, состояния и перспектив развития необходима профессиональная и философская рефлексия – пусть и крайне *болезненная*, но она является необходимым условием адекватного сознания современного *status quo* частноправовой науки»⁷.

Но почему такая рефлексия может оказаться болезненной? По всей видимости, своего рода стереоскопическая рефлексия позволяет обнаружить дефекты в тех правовых моделях и конструкциях, которые традиционно сложились в цивилистике. На примере цивилистического учения о способах защиты мы пытаемся доказать, что применение только цивилистической методологии иногда формирует устаревшие, упрощенные правовые модели.

Если перейти на язык образов, то традиционную догматическую (метафизическую) цивилистическую методологию можно сравнить с тем, что видит человек, что называется, невооруженным глазом. Но если он использует новые методы исследования, скажем, томографические, то он начинает видеть то, чего не видел раньше. Так и в праве – изменение ракурса юридического анализа, к примеру, подключение к исследованию системы способов защиты гражданских прав познавательных структур, выработанных наукой конституционного права, или же переход в иной «исследовательский регистр», то есть использование междисциплинарных методов познания «Права и экономики», позволяет увидеть то самое невидимое.

Во многом настоящая статья близка той исследовательской парадигме, которую развивает А.Г. Карапетов⁸ в своей работе о моделях защиты гражданских прав и немецкие ученые К. Отт и Х.Б. Шефер⁹.

Методология системного исследования в качестве одного из своих постулатов предполагает, что любое системное правовое целое образует единство в результате структурной упорядоченности его частей, определяющей их функциональные зависимости, то есть взаимодействие между элементами системы (Лапач В.А. С. 173). Этим эта методология отличается от методологии догматической цивилистики, которая ограничивается лишь статикой, классификацией и систематизацией способов защиты. Как они взаимодействуют между собой, в силу каких причин происходит динамика в способах защиты той или иной категории субъективных гражданских прав, как правило, остается за рамками традиционных цивилистических исследований. Сконструированные в цивилистике научные рамки, или же картины восприятия реаль-

⁷ Семякин М.Н. Частное право: философские и исторические основания и проблемы современной цивилистической доктрины. М. 2014. С. 3.

⁸ Карапетов А.Г. Модели защиты гражданских прав // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 11.

⁹ Claus Ott, Hans-Bernd Schäfer. The Dichotomy between property rules and Liability Rules: experiences from German Law.

ности, оказываются чрезмерно фиктивными, упрощенными, лишены динамики, всегда присутствующей в правовой реальности. Становится ясно, что наука гражданского права не может ограничиваться констатацией того, что ею выработан «рай юридических понятий» (Р. фон Иеринг), необходимо иметь познавательные методы и структуры, объясняющие такие феномены, как изменение способов защиты права частной собственности во времени, почему модель абсолютной защиты этих прав заменена моделью относительно абсолютной защиты, или почему защита личных неимущественных прав развивается по противоположной параболе – от неполной, относительной защиты к практически абсолютной?

Вышеизложенное ни в коем случае нельзя воспринимать как непочтительное, а потому и недопустимое для любого цивилиста отношение к красоте синтетических моделей защиты нарушенных субъективных прав, которые заключены в ст. 12 ГК РФ. Е.В. Спекторский часто повторял слова Лейбница, который, характеризуя прогресс каждой науки, сформулировал и верную, и одновременно парадоксальную мысль: *les sciences s'abregent en s'augmentant* (науки, разрастаясь, сокращаются)¹⁰. Этим он хотел подчеркнуть, что если начинающая наука еще теряется среди массы отрывочных явлений и научных рефлексий, то «взрослая» наука уверенно ориентируется в этой массе созданных с помощью логики обобщений, абстракций, фикций и синтезирующих идей. На определенной стадии развития цивилистики произошел прорыв от отдельных норм к синтетическим принципам. Каждый из способов защиты прав, перечисленных в ст. 12 ГК РФ, является такого рода синтетическим принципом, каждый из них находится во взаимодействии с другими в *системе* способов защиты, а поэтому необходимо вырабатывать принципы такого взаимодействия. Как писал Е.В. Спекторский, в области права, в отличие от физической, видимой реальности, происходит двойной процесс: один в рефлексии по поводу того, что происходит в динамике социальных отношений, другой – в изменениях самой социальной жизни, которая постоянно совершенствуется, упорядочивается (что фиксируется в концепции естественного права, являющегося протоправом). Но такой же процесс происходит в том самом искусственном мире юридических идей, который создан юридическим гением человечества, в юридической картине мира социальных отношений.

Получается, как писал Б. Спиноза, порядок вещей и порядок идей, и два ряда синтетических систем – системы реальной жизни и системы идей. При этом система юридических идей может и опережать систему реально сложившихся социальных отношений.

Система идей может выстраиваться с одной единственной целью: построить наряду с реальностью социальных связей (первая реальность) вторую реальность – реальность онтолого-правовую, реальность юридического мира. Но при этом вторая реальность решает не только онтологическую реальность. Поскольку ее целью является не только отобразить мир, но и преобразовать его, исходя из сконструированных ценностей (изучаемых аксиологией), система юридических идей относится к области деонтологии, то есть к наукам не о сущем, но о должном, то есть то, что является обязательным в социуме.

Как нам кажется, Е.В. Спекторский еще в начале XX века сформулировал проблему того, как же правовая система может развиваться, если ее рассматривать только как замкнутую от других систем регулирования в обществе, то есть предельно автономную систему (в духе Г. Кельзена).

Юридические науки, в частности цивилистика, которые имеют дело с отношениями и нормами, возникшими спонтанно в ходе товарообменных операций, и которые не просто объективно действуют, но и являются обязательными, занимают промежуточное место между «социологическими» системами идей, отражающими жизнь такой, как она есть, и морально-юридическими системами, которые предписывают, какими отношения в социуме должны

¹⁰ Спекторский Е.В. Теория солидарности: Доклад, прочитанный 14.12.1915 г. в Саратове в соединенном заседании Киевского и Саратовского юридических обществ // Юридический вестник. 1916. Кн. 13.

быть. Таким образом, юридические науки находятся в середине того спектра, который состоит из крайних точек в виде систем социологических идей и систем деонтологических.

Юридические науки, с одной стороны, изучают реально сложившийся порядок организации обменных отношений. С другой стороны, они исследуют нормы долженствования, универсальные деонтологические абстрактные принципы, предписывающие (в свернутом виде) субъектам права обязательное поведение. Юридические науки постоянно изучают общие синтетические принципы права, и в поисках новых пластов юридического содержания в них они вынуждены обращаться к внутренней логике социума, к внутренней логике всей системы законодательства, к внутренней логике рынка, политики, этики. При этом юриспруденция вынуждена вступать во взаимодействие с идеями, которые формулируются экономической теорией, политологией, историей, этикой, социологией, психологией. Как только в социуме появляется потребность в новой системе идей, к примеру, в идее солидарности, так сразу же начинаются глубокие изменения в юридических науках.

3. Эта гипотеза может быть проверена на примере динамики в системе способов защиты нарушенных гражданских прав. Воспользовавшись результатами анализа, осуществленного Оттом и Шефером, мы на примере способов защиты вещных и исключительных, а также личных неимущественных прав попытаемся описать динамичную, а не статичную систему способов защиты гражданских прав.

В своем исследовании Клаус Отт и Ханс-Бернд Шефер опираются на широко известную классическую статью Г. Калабрезе и Д. Меламеда¹¹, которые создали остроумную познавательную структуру, определяющую, при каких обстоятельствах, с точки зрения экономической эффективности, вещные права (право собственности) необходимо защищать всеми возможными способами правовой защиты, причем не только известными гражданскому праву, но и способами защиты, известными в других отраслях права, включая и уголовное право (своего рода комплексы способов защиты), а при каких – право собственности можно защищать только с помощью одного способа защиты, и это возмещение убытков.

Из трех моделей (режимов) защиты права собственности, предложенных Калабрезе и Меламедом, сфокусируемся на двух основных: это модель абсолютной (повышенной) защиты (property rule) и модель ответственности с помощью возмещения вреда (liability rule).

Первая модель описывает тот правовой режим защиты, когда законодательство в целом предусматривает многочисленные способы защиты, как материально-правовые, так и процессуально-правовые, как частноправовые, так и публично-правовые, которые направлены на то, чтобы исключить возможность отчуждения у правообладателя его права без вступления с ним в соглашение (договор). Только при достигнутом взаимном соглашении происходит отчуждение права собственности. При этом важным является тот момент, что преимущество этого режима состоит в том, что собственник сам оценивает стоимость принадлежащего ему субъективного права, ибо он определяет, по какой цене он согласен его уступить. В данном случае второе лицо находится в зависимости только от воли правообладателя. Особенно важен этот правовой режим, когда необходимо эффективно защитить так называемые мериторные блага, в случае утраты которых индивидуальные рыночные решения (оценки) не учитывают привязанность, субъективную ценность какого-то блага. Может ли рыночный механизм оценить душевные страдания от похищения старой отцовской деревянной теннисной ракетки?¹²

Посредством первой модели можно защитить не только право собственности и другие вещные права, но и исключительные, и личные неимущественные, и даже обязательственные права¹³. Правообладатель при этой модели защиты права может даже предотвратить попытку

¹¹ Calabresi G. and Melamed A.D. Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. 1972.

¹² См.: Гвидо Калабрезе. Будущее право и экономика. М., 2016. С. 81–135.

¹³ В абз. 3 п. 1 ст. 1064 ГК РФ установлено, что законом или договором может быть установлена обязанность причинителя

нарушения его права с помощью судебного запрета. В частности, в ст. 1065 ГК РФ установлено, что только опасность (риск) причинения вреда в будущем может явиться основанием к иску о запрещении деятельности, создающей такую опасность. Модель повышенной защиты является наиболее предпочтительной для правообладателя, поскольку она является гарантией принципа автономии, являющегося ядром системы систематических принципов частного права. Принцип автономии в «Праве и экономике», в отличие от цивилистики, предполагает модель абсолютной правовой защиты не только вещных прав, но и других категорий субъективных прав. Абсолютность при этом понимается как естественное для частного права расширение индивидуальной автономии.

Вторая модель защиты не обладает таким широким спектром способов защиты прав, как в первом случае. Правообладатель не может предотвратить потенциальную угрозу нарушения своего права (например, посредством судебного запрета), он может только взыскать убытки. Но тогда вместо самостоятельной оценки стоимости нарушенного права он получает лишь право на компенсацию, при этом ее размер зависит от усмотрения органа публичной власти – суда. В сферу индивидуальной автономии, то есть чистого частного права, вклинивается публичная власть. В данном случае интерес представляет фокусировка на тех ситуациях, когда один правообладатель причиняет ущерб, но он не может его не причинять, причем предполагается, – парадокс! – что ущерб является социально приемлемым, и за него необходимо выплатить компенсацию, но при этом возникают взаимные *экстернальные* эффекты.

Идея о внешних экстернальных эффектах, появившаяся в работах Рональда Коуза¹⁴, оказалась революционной.

Нельзя тут не вспомнить высказывание выдающегося современного немецкого ученого Никласа Луманна, который констатирует, что различие экстернализованных и интернализованных расходов (издержек) «вызвало ряд сильнейших эффектов». Достаточно назвать переход от ответственности производителя за ущерб, причиненный его товарами, к *product liability*. Этот переход, революционизирующий американское гражданское право, исходит из предположения, что тот, кто вводит технику в действие, лучше других может калькулировать возможный риск и интернализировать расходы¹⁵.

То, что ученые-экономисты и специалисты в области «Права и экономики» называют экстернальными эффектами, в юридическом сознании вызывает ассоциацию с известным со времен римского права «соседским правом». Возьмем в качестве примера деятельность промышленного предприятия, которая связана с выбросом вредных веществ в атмосферу, причиняющих ущерб находящимся рядом фермерам – «соседям». Попытка «купить» у соседей право на загрязнение может оказаться тщетной в связи с высокими транзакционными издержками, неизбежно возникающими при достижении соглашений со всеми «соседями», так что уважение принципа автономии обернется для общества необходимостью заблокировать все потенциально опасные, но при этом социально необходимые виды деятельности, начиная с паровозов. Потенциальные «жертвы» от деятельности, связанной с экстернальными эффектами, с помощью права вето, опираясь на первую модель защиты прав, могут остановить не только паровоз, но и технический прогресс. Выходит, что не только предприятие причиняет вред соседям, но и они причиняют ему вред, требуя установить системы очистки воздуха. В этом состоит социальная желательность этой деятельности. Необходимость найти разумный компромисс между теоретически равноценными правами частных собственников, собственника завода – «загрязнителя» и «соседей» – жертв загрязнения, привели к тектоническим сдвигам в современном праве, и он выразился в релятивизации тех способов защиты, которые счи-

вреда выплатить потерпевшим компенсацию сверх возмещения вреда.

¹⁴ См.: Капелюшников Р.И. Экономическая теория прав собственности. М., 1989. С. 21.

¹⁵ Луманн Н. Экологический риск и политика // Политическая философия в Германии. М., 2005. С. 239.

тались абсолютными. Общество вынуждено не запрещать вредоносную деятельность, но при этом цена компромисса определяется ценой компенсации «соседям». Вторая модель защиты прав – правило ответственности с помощью возмещения вреда, предполагающее увеличение объема вмешательства публичной власти в частные отношения, ранее осуществлявшиеся на началах автономии, подверглась тем самым *публицизации*. Это и есть результат признания новых социальных идей – идей солидаризма в частном праве. Кодекс Наполеона с его лозунгом абсолютной защиты права частной собственности начал корректироваться судебным правом. Процесс превращения абсолютных прав собственности в «менее абсолютные» не был замечен даже в Германском гражданском уложении, в § 905 которого было закреплено «право собственности на земельный участок распространяется как на пространство, находящееся над поверхностью, так и на недра земли».

Вторая модель защиты прав не только защищает интересы владельца источника вредоносной, но социально необходимой деятельности, но и вводит возможность оборота (трансфера) нарушаемых прав на основе допущения государством нанесения вреда по цене, определяемой публичной властью вместо самих участников деликтного отношения. Так появилась ясная, понятная познавательная структура, объясняющая процессы, происходящие внутри системы защиты гражданских прав.

Ценность предложенной Калабрези и Меламедом трехчленной классификации способов защиты состоит в том, что имущественные отношения, которые кажутся одинаковыми с точки зрения цивилистики, различны в зависимости от той модели правовой защиты, которая избрана государством. Субъективное право собственности, защищаемое по первой модели защиты, оказывается, отличается от модели защиты субъективного права собственности, защищаемого по второй модели. Введенная в научный оборот эвристическая познавательная структура позволяет, как будто используются ультрафиолетовые лучи, увидеть в темноте невидимое.

Как заметил К. Отт и Х. Шефер, это «противопоставление и выделение разновидностей отношений собственности (не различаемых в традиционном гражданском праве) свидетельствует о том, что точка зрения Калабрези и Меламеда на цели и функции деликтного права является консеквенциалистской, вэлфаристской (от английского слова welfarestate – государство всеобщего благоденствия, или социальное, солидаристское государство) и сориентированной на экономическую эффективность. Но самое примечательное, она по-прежнему основывается на так называемом договорном (юридическом) мышлении»¹⁶. (Именно поэтому мы относим ту версию «Права и экономики», которую обосновали Калабрези и Меламед, к юридиконцентристской версии, поскольку в ней преобладает характерное для правового мышления использование идей контракта и автономии, а из экономического образа мышления заимствованы идеи об экстернатальных эффектах и трансакционных издержках (экономической эффективности).)

Вторая модель сейчас получила большее распространение, что означает распространение принципа солидаризма. Она используется и во всемирной экономической системе защиты от парникового эффекта, создаваемого выбросами газов в атмосферу Земли. На ней основывается международное соглашение, дополнительный документ к Рамочной конвенции об изменении климата, принятое в японском городе Киото в декабре 1997 г. Соглашение обязывает развитые страны и страны с переходной экономикой сократить или стабилизировать выбросы парниковых газов, появились биржи по торговле квотами на выброс парниковых газов¹⁷.

¹⁶ C. Ott, H-B. Schaffer. Op cit. P. 45.

¹⁷ В декабре 2010 г. была осуществлена первая продажа углеродных квот российской компанией. Японские компании «Митсубиси» и «Ниппон Ойл», партнеры компании «Газпромнефть» по освоению месторождения в Ямало-Ненецком автономном округе, получили квоты, образовавшиеся за счет того, что «Газпромнефть» проложили с месторождения трубопроводы, по которым попутный газ вместо сжигания транспортируется на перерабатывающие мощности АО «Сибур», в обмен на компенсацию «Газпромнефть» в виде технологий и оборудования.

4. Но не являются ли экстернальные эффекты, наблюдаемые в физическом, видимом мире, в какой-то степени изоморфными тем ситуациям в правовой реальности, когда одно субъективное гражданское право вступает в коллизию с равноценным ему другим субъективным правом? К примеру, субъективное имущественное право мажоритарного акционера – и субъективные права мажоритарных акционеров на дивиденды? Ведь и в этом случае нет иерархии между правами, отсутствуют, как правило, нормы закона или договора о том, какому из прав правоприменитель должен отдать предпочтение. Совершенно очевидно, что такого рода коллизии между субъективными гражданскими правами подпадают под введенную Р. Дворкиным классификацию дел, рассматриваемых судами, а это «сложные дела» (hardcases).

Такие же споры часто возникают при применении конституционного права.

Самой основной, причем неписанной, нормой, регламентирующей применение всего корпуса норм конституционного права, оказывается норма, обосновывающая формальное равенство всех основных прав и интересов. Между ними нет заранее установленной иерархии. Формальное равенство – это элемент метафизической юридической конструкции, в Конституции нет указателей на то, какие из них являются более важными, то есть нет так называемой вертикальной иерархии норм, ибо конституционные права являются рядоположенными.

В Конституции Российской Федерации нет ответа на вопрос, например, о том, что важнее: а) право журналиста распространять информацию о каких-то известных людях или б) их право на неприкосновенность частной жизни. И таких бинарных оппозиций поразительно много.

Опыт показывает, что две трети споров в Конституционном Суде Российской Федерации являются сложными делами, когда необходимо делать аксиологический выбор – какому же праву, после взвешивания, необходимо отдать предпочтение, и может ли законодатель, уважая какой-то публичный интерес, ради этого ограничить права человека?

Оказывается, все зависит от юридических оттенков, особенностей конкретной жизненной ситуации, так как Конституционный Суд имеет дело с широким спектром возможных ситуаций и решений.

Глубокий смысл особых конститутивных норм, из которых состоят главы 1 и 2 Конституции, а это и есть подлинное конституционное право, в том, что правосудие в Конституционном Суде значительно отличается от правоприменения обычных судов, в которых обычно применяется так называемый юридический силлогизм.

Конституционный Суд, благодаря Конституции, разрешая сложные дела, лишен возможности применять методику юридического силлогизма; в этом случае, когда решение должно быть исключительно ситуативным, подлежит применению конституционный принцип пропорциональности.

Нам кажется, его применение приводит к появлению юридического парадокса. Как известно, парадоксом мы обычно называем ситуацию, когда высказывается утверждение, вывод, которые могут существовать в реальности, но не имеют логического объяснения. Парадокс – это всегда неожиданность, непривычность, за которой нередко следует новое решение или даже открытие. Неслучайно у А.С. Пушкина есть слова «...и гений, парадоксов друг». Юридический парадокс состоит в том, что есть два разных онтолого-правовых статуса: реальность метафизического текста Конституции, в которой намеренно отсутствуют правила об иерархии норм о правах человека, и иная, правовая реальность, возникающая при проявлении конфликта между носителями двух равновеликих прав, которые существуют в разных «регистрах», распознаваемых с помощью онтологии права. Переход из одной реальности – реальности текста права – в правовую реальность завершается тем, что появляется ситуационная иерархия, необходимая для достижения одной из важных аксиологических категорий конституционного права, – и это ценность гражданского мира и согласия, о которых упоминается в преамбуле Конституции России.

Юридический парадокс помогает обнаружить, что правовая система вовсе не является закрытой, «герметичной», самодостаточной, особенно в случае пробельности в системе источников права и в других доказательственных базах.

Позитивистская концепция Г. Кельзена основывается, по сути, на идее беспробельности правовой системы, ее автономности от других деонтологических дисциплин. Правоведение, как считал Кельзен, является исключительно оценочной, а не объясняющей наукой, основа которой – постулат об источниках прав как некой иерархии норм, возглавляемой основной нормой.

Если же начинают действовать (применяться) какие-то иные социальные правила, то они составляют предметную сферу не «чистой науки права», а других наук, к примеру, социологии.

В XX веке произошла своего «социологизация» правовой системы. О. Эрлих, антипод Г. Кельзена в науке, утверждал, что право должно изучать не только нормы позитивного права, но и более широкий круг правил, по которым живут все люди. Эрлих ввел в научный оборот понятие «живое право» (которое использовал В.В. Путин в дни празднования 25-летнего юбилея Конституции Российской Федерации), сущность которого состоит в противопоставлении традиционной юриспруденции, плохо справляющейся со своей задачей, поскольку она только описывает, что устанавливает закон, а не то, что фактически происходит в правовой реальности. Между тем сущностным элементом правовой действительности является объективно сложившийся порядок, который состоит из конститутивных социальных норм, а поэтому генезис права надо связывать не только с деятельностью государства, но и с беспрестанно осуществляемой деятельностью людей в рамках социальных отношений, которые подчиняют себе индивидов не только с помощью права. Помимо официального права, то есть реальности правовой системы, есть еще правовая реальность как совокупность неюридических автономных порядков. Юридические нормы отличаются своей относительной статичностью; спонтанно складывающиеся в обществе новые порядки подвижны, динамичны.

Отголосок идей О. Эрлиха можно, как нам кажется, обнаружить у замечательного советского и российского теоретика права Г.В. Мальцева, который писал о необходимости «смены вех в юридической методологии, о поиске новой рациональности», которую он связывал «с синергетической парадигмой, восполняющей интегративные функции в отношении естествонаучного и социогуманитарного знания», и о «надежде (но не более того), что синергетика поможет праву избавиться от старых и злейших его недостатков – субъективизма и волюнтаризма¹⁸.

Одним из недостатков догматической юриспруденции является сакральное восприятие изобретенных фикций. Одна из них – это догматическое утверждение, что все правовые потоки берут истоки исключительно из единой воли государства. Через предпринятый анализ источников позитивного права, к которым О. Эрлих относил закон, обычаи, судебную практику и доктрину, он приходит к теории «права общества». Отталкиваясь от нее, Г.Д. Гурвич, ученик Л.И. Петражицкого, проложил путь к своей доктрине «социального права»¹⁹.

Эта парадигма правопонимания сейчас представлена концепцией сложной социально-культурной контекстуальности юридических норм²⁰.

Оказывается очевидным, что правовая система вовсе не является закрытой, абсолютно автономной от других социальных наук, она способна на командную игру и является *когнитивно открытой*. Это значит, что для принятия судебного решения, то есть оценочного умозаключения, не всегда есть источники, содержащие шкалу оценок, которую мы называем

¹⁸ Мальцев Г.В. Социальные основания права. М., 2007. С. 106–107.

¹⁹ См.: Гурвич Г.Д. Теория источников права Ойгена Эрлиха и идея социального права // Эрлих О. Основоположение социального права. С. 655.

²⁰ Гаджиев Г.А. Право и экономика (методология). М., 2016. С. 143 и далее.

источниками права. Юриспруденция, ее изначальный концепт, фикционны, и одна из самых главных фикций состоит в том, что для принятия оценочного решения всегда якобы есть официально установленные критерии оценки.

Но те самые *hardcases*, когда приходится выбирать между равновеликими правами, обнажают сокрытое в догматической юриспруденции: и это пробельность этих официально установленных критериев для оценки, то есть источников права.

И тогда высшие суды вводят в свою аргументацию ссылки на нормы этики, на правовую справедливость, на экономическую эффективность, то есть на метаюридические нормы, в совокупности образующие социальный порядок.

В этом проявляются отголоски естественно-правового понимания права, одним из постулатов которого является тезис «право есть только часть порядка части порядка».

Появляется новая для права рациональность, своего рода когнитивная разомкнутость, негерметичность, открытость, то есть способность правовой системы учиться у окружающей социальной среды.

Итак, в метафизической реальности текста отсутствуют иерархические отношения между так называемыми равноценными, но при этом антонимичными правами, а по сути конституционными принципами, образующими бинарные оппозиции. У таких прав-принципов, как право на свободу экономической деятельности и право на вспомоществование, одинаковый номинальный вес, государство не обязано рассматривать как самоценные ни те, ни другие. Оно может, учитывая интересы нуждающихся во вспомоществовании, ограничивать с помощью налогов права предпринимателей, но обязано придерживаться при этом идеи пропорциональности ограничений, которые всегда ситуационны. В отличие от реальности конституционного текста, в правовой повседневной реальности разрешения споров конституционные суды создают правовые позиции, отдавая предпочтение то одному, то, в другой ситуации, другому праву из бинарной оппозиции. При этом они должны изыскать такие способы ограничения одного права, чтобы они были минимально ограничительными, исходя из заботы и о защите другого, противоположного права!

Это конституционно-правовая оптимизация, являющаяся юридическим эквивалентом принципа оптимальности Вильфредо Паретто (решение конфликта оптимально, только если оно улучшает положение одной стороны, не нанося существенного ущерба другой).

В этом глубокий смысл слов «мир и согласие» из преамбулы Конституции. Оптимизация, осуществляемая Конституционным Судом, состоит в оценке разумности степени вмешательства публичной власти в частные интересы, в оценке и поиске средств, наименее обременительных. При этом, вырабатывая способ оптимизации конкурирующих интересов, Конституционный Суд Российской Федерации ситуационно осуществляет «возвеличивание» одного из них в какой-то ситуации в какое-то время.

Этот механизм дает возможность Конституции РФ быть своего рода методологией приспособления юридического текста к постоянно изменяющимся условиям общественной жизни. Она выдержала испытание за прошедшие 25 лет!

Конституционный Суд Российской Федерации реально стал самостоятельным нормотворцем.

Судебная методология ревизии проверяемых норм закона, основанная на поиске баланса, анализе пропорциональности ограничительных мер, камуфлирует то, что Конституционный Суд делает самостоятельный, порой политический, выбор, а издавая «ситуационные» нормы, он выступает в качестве нормотворца.

Судебное нормотворчество получило свое название – правовые позиции высших судов, а совокупность этих правовых позиций – судебные доктрины.

Как нам кажется, традиционная система способов защиты нарушенных субъективных гражданских прав ориентируется на ту категорию юридических споров, которые можно

решить, применяя обычный юридический силлогизм. При этом презюмируется, что в корпусе норм гражданских прав нет пробелов, поскольку в нем есть система синтетических принципов гражданского права. Такой подход к правоприменению допустим, но необходимо «легализовать» те способы защиты нарушенных прав, которые при этом используются в судебной практике, не будучи предусмотренными в ст. 12 ГК РФ. И это такие способы защиты, которые основаны на применении общеправового принципа пропорциональности и принципа равного праваделения²¹.

Библиография:

1. *Calabresi G. and Melamed A.D.* Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral. 1972.
2. *Claus Ott, Hans-Bernd Schäfer.* The Dichotomy between property rules and Liability Rules: experiences from German Law.
3. *Гаджиев Г.А.* Право и экономика (методология). М., 2016.
4. *Гаджиев Г.А.* Принцип равного праваделения и паритетной (эластичной) правовой защиты // Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики. М., 2018.
5. *Каранетов А.Г.* Модели защиты гражданских прав // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2014. № 11.
6. *Лапач В.А.* Система объектов гражданских прав. СПб., 2002.
7. *Луманн Н.* Экологический риск и политика // Политическая философия в Германии. М., 2005.
8. *Могилевский В.Д.* Методология систем. М., 1999.
9. *Семякин М.Н.* Частное право: философские и исторические основания и проблемы современной цивилистической доктрины. М., 2014.
10. *Спекторский Е.В.* Теория солидарности: Доклад, прочитанный 14 декабря 1915 года в Саратове в соединенном заседании Киевского и Саратовского юридических обществ // Юридический вестник. 1916. Кн. 13.

²¹ См.: *Гаджиев Г.А.* Принцип равного праваделения и паритетной (эластичной) правовой защиты// Гражданское право: современные проблемы науки, законодательства, практики. М., 2018. С. 132–151.

1.3. Об экономико-правовом регулировании предпринимательства на современном этапе (опыт Таджикистана)

Аннотация. Автор анализирует экономико-правовые проблемы государственного регулирования предпринимательства на современном этапе. В статье делается вывод о том, что для их решения представляется необходимой выработка конструкции экономической политики государства и ее правового обеспечения, являющейся важной и одновременно сложной в концептуальном плане. **Ключевые слова:** предпринимательство, государственное регулирование, экономика, политика.

Annotation. The author analyzes the economic and legal problems of state regulation of entrepreneurship at the present stage. The article concludes that to solve them it is necessary to develop the design of the economic policy of the state and its legal support, which is important and at the same time difficult in conceptual terms.

Keywords: entrepreneurship, state regulation, economy, politics.

Обоснованно отмечается, что в условиях современной рыночной экономики, основы которой формируются в Таджикистане и других постсоветских странах, «государство обязано выполнять ряд функций, призванных обеспечивать жизнеспособность и эффективность экономической системы»²². При этом необходимость государственного регулирования обуславливается объективно существующими недостатками (несовершенством) рыночных механизмов, включая неразвитость конкуренции, наличие внешних эффектов, ограниченную возможность поставки товаров (услуг) для общественных нужд, существование неполных рынков, необходимость перераспределения доходов в целях обеспечения социальной справедливости, неустойчивость экономического роста.

Как отмечают правоведы²³, в постсоветских странах государственное регулирование экономической деятельности осуществляется по двум основным направлениям – регулирование деятельности учреждений и унитарных предприятий, создаваемых самими органами власти, и регулирование частного предпринимательства.

Президент Республики Таджикистан отметил, что развитие частного сектора, в особенности, улучшение инвестиционного и предпринимательского климата, является приоритетным направлением экономической политики правительства страны²⁴.

Считается, что в Таджикистане сформирована достаточная нормативно-правовая база для развития экономики и предпринимательства. В соответствии со ст. 12 Конституции государство гарантирует свободу экономической и предпринимательской деятельности, равноправие и правовую защиту всех форм собственности, в том числе частной. В дополнение к нормам Конституции в Гражданском кодексе РТ отрегулированы основные правоотношения, приняты необходимые законы о развитии предпринимательства, государственных предприятиях, инвестиционной деятельности и пр. То есть имеются все формальные предпосылки для эффективного развития всех форм предпринимательства (включая государственное предпринимательство).

Следует обратить внимание на то, что конституционные нормы о защите прав собственности и гарантиях экономической и предпринимательской деятельности других стран в

²² Губин Е.П. Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис... д-ра юрид. наук: 12.00.03. М.: РГБ. 2005. С. 21, 27.

²³ Жилинский С.Э. Предпринимательское право: Учебник для вузов. М.: Норма, 1999. С. 281.

²⁴ Эмомали Рахмон. Встреча Президента Республики Таджикистан с предпринимателями, г. Душанбе, 14.10.2014. URL: <http://www.prezident.tj>

отдельных случаях шире, чем в Таджикистане. Примером этого являются положения ст. 13 («Собственность») и ст. 15 («Экономическое развитие государства») Конституции Азербайджана, которыми не только устанавливаются виды собственности, конституционно признаваемой неприкосновенной, но в то же время ограничиваются направления ее использования, а также гарантируется свобода предпринимательства, не допускается монополизм и недобросовестная конкуренция в экономических отношениях.

Статья 3 Конституции Армении устанавливает, что государство ограничено основными правами и свободами гражданина, являющимися непосредственно действующим правом.

Согласно ст. 8 и 34 Конституции Российской Федерации в этом государстве гарантируются единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержка конкуренции, свобода экономической деятельности. В Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности. Каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Не допускается экономическая деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию.

Таким образом, в целях защиты свободы предпринимательства в этих странах конституционно предусмотрены нормы, не допускающие монополизацию и недобросовестную конкуренцию. В Таджикистане система правовых регуляторов недопущения монополизации и обеспечения конкурентной среды устанавливается отраслевыми законами и подзаконными актами.

В дополнение к этому следует учесть, что, в отличие от других стран, правовое регулирование экономической системы (в том числе предпринимательской деятельности) в Таджикистане осложнено в связи с географическими, демографическими, структурными и другими факторами, воздействующими на экономическую активность. Так, с начала переходного периода прекратилась или резко сократилась деятельность большинства приватизированных промышленных предприятий легкой и пищевой промышленности (основных отраслей специализации республики), станкостроения и пр. Существовавшие ранее крупные колхозы и совхозы были преобразованы в значительное количество малоэффективных мелких дехканских (фермерских) хозяйств и приусадебных участков. Экономическая деятельность ограничена из-за удаленности от морских путей, недостатка электроэнергии, слабой транспортной доступности большинства регионов страны, отсутствия доступных запасов углеводородного сырья. Высокий естественный рост численности населения с учетом указанных проблем обуславливает увеличивающийся год от года дефицит рабочих мест и повышение размеров внешней трудовой миграции, в первую очередь сельского населения.

Предпринимательская деятельность внутри страны в значительной степени зависит от объемов денежных перечислений трудовых мигрантов Таджикистана, поэтому ориентирована на оказание торговых и иных услуг на внутреннем рынке. Иностранцы (прежде всего, китайские и российские) инвестиции в основном ориентированы на добычу полезных ископаемых и производство гидроэлектроэнергии.

Указанные факторы обусловили специфическую структуру хозяйствующих субъектов различных организационно-правовых форм, сложившуюся в Таджикистане. Согласно статистическим данным налоговых органов в 2017 г. в Государственном реестре юридических лиц и индивидуальных предпринимателей находились сведения о 288 683 хозяйствующих субъектах, в том числе 90 800 индивидуальных предпринимателей, функционирующих на основе патента (31,5 % от общей численности), 32 154 индивидуальных предпринимателей, функционирующих на основе свидетельства (11,1 % от общей численности), 134 315 дехканских (фермер-

ских) хозяйств без образования юридического лица (46,5 % от общей численности) и 31 567 юридических лиц (10,9 % от общей численности)²⁵.

При этом индивидуальные предприниматели, функционирующие на основании патента, не обязаны вести бухгалтерский и иной учет, применять контрольно-кассовые машины, представлять какую-либо отчетность о своей деятельности и доходах. Индивидуальные предприниматели, функционирующие на основании свидетельства, и дехканские (фермерские) хозяйства без образования юридического лица ведут упрощенный бухгалтерский учет, уплачивают налоги в упрощенном порядке. Таким образом, абсолютное большинство хозяйствующих субъектов (89,1 %), зарегистрированных в качестве субъектов предпринимательства, не обязаны представлять или обязаны представлять ограниченную отчетность о своей деятельности. Государство не имеет полной и достоверной информации о положительных результатах такого государственного регулирования, основанного на упрощении (сокращении) налоговых выплат.

Е.П. Губиным было высказано мнение, что «предпринимательской деятельности присуще стремление к выгоде, получению прибыли. В условиях конкурентной борьбы достаточно часто применяются способы и приемы, не отвечающие требованиям совершенной конкуренции, не способствующие эффективному функционированию рыночного механизма»²⁶. Однако в указанных случаях государство Таджикистан само представляет отдельным группам предпринимателей условия, ухудшающие конкурентную среду.

Более того, налоговым законодательством налоговые льготы установлены по всем видам налогов и других обязательных платежей. В дополнение к этому установлены четыре специальных налоговых режима и шесть льготных налоговых режимов, предусматривающих предоставление налоговых льгот и преференций. К 2018 г. в соответствии с законами РТ²⁷ «Об инвестиционном соглашении» и «О концессиях» для дополнительного стимулирования около 80 соглашений о сравнительно крупных объемах инвестирования в экономику страны установлены индивидуальные налоговые режимы. Субъекты четырех свободных экономических зон (в городах (районах) Ходжент, Дангара, Пяндж и Ишканим) освобождены от уплаты всех налогов, кроме подоходного налога и социального налога на физических лиц. В третий раз установлен мораторий на проверки хозяйствующих субъектов, с 2018 г. очередными поправками Налогового кодекса РТ законодательно введены дополнительные послабления и упрощения.

Отмечается, что в индустриально развитых странах до 90 % предприятий относится к малому бизнесу. На их долю приходится примерно до 50 % производимого в стране валового национального продукта и примерно 70 % создаваемых новых рабочих мест²⁸. В Таджикистане, согласно приведенной статистике, доля малого бизнеса превышает 85 % от общей численности, однако достоверных сведений об объемах производства и занятости в этом секторе экономики не имеется, что снижает результативность государственного регулирования.

При этом сложившаяся бизнес-среда представителями предпринимательских структур и других заинтересованных сторон обоснованно оценивается как неудовлетворительная. Экономика Таджикистана все еще является неустойчивой и в значительной степени зависит от денежных переводов внешних трудовых мигрантов. В государственной политике не установлены приоритеты государственных инвестиций по принципу их социально-экономического воздействия. Недостаточно уделяется внимания мерам поддержки эффективных государственных

²⁵ Налоговое право: Учебник (издание 2-е, переработанное). Под общ. ред. д. ю. н., проф. Исмаилова Ш.М. Душанбе: Издательство «Эр-Граф». 2018. С. 396.

²⁶ Губин Е.П. Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис... д-ра юрид. наук: 12.00.03. М.: РГБ. 2005. С. 28.

²⁷ Ахбори Маджлиси Оли РТ 2013. № 3; Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2011. № 12.

²⁸ Коваленко Б.Б. Институты воздействия государства на организации корпоративного предпринимательства: Учебное пособие. СПб: Изд-во Санкт-Петербургской академии управления и экономики. 2008. С. 24.

ных учреждений (предприятий), развитию частного сектора и использованию возможностей региональной и международной интеграции.

Какие же меры государственного правового регулирования как для развития экономической деятельности в целом, так и для развития предпринимательства в такой ситуации следует предпринять?

Имеет ли смысл и в последующем применять отдельные, нескоординированные меры для развития предпринимательства (предоставление налоговых льгот, упрощение налогообложения и государственной регистрации, исключение требования о ведении бухгалтерского учета и отчетности, централизованное регулирование инвестиций и установление для инвесторов индивидуальных налогово-таможенных режимов, предоставление излишних налоговых льгот участникам свободных экономических зон без формирования элементарной инфраструктуры для их деятельности)? При этом снижаются общеэкономические возможности государства для обеспечения определенности и регулируемости экономических процессов. Либо следует предпринять чисто рыночные комплексные меры государственного регулирования, основанные на снижении монополизма и развитии конкуренции?

В условиях неразвитой рыночной среды и низких естественных темпов рыночного роста национальной экономики полное исключение государственного вмешательства в экономику и неосуществление государственного регулирования предпринимательской деятельности и государственного сектора не рассматривается. Считаем, что для полноценного развития общества и экономики необходимо их регулирование со стороны государства.

Однако глубина, степень и границы такого регулирования представляют собой отдельную политическую, экономическую и правовую проблему. Как справедливо отмечает В.С. Белых, «место и роль государства в экономике каждой страны определяется эффективностью применяемых им мер, методов и средств регулирования, с помощью которых решаются социально-экономические и иные задачи»²⁹.

Право представляет собой лишь форму, в которую оформляется определенная государственной политикой, т. е. право не является самостоятельным, не зависящим от государства и его органов регулирующим средством. Каким должно быть право, какие общественные явления, сферы и задачи государства легализируются, полнота и виды такой легализации определяются государством.

Таким образом, с нашей точки зрения, именно государство и его органы определяют политические «правила игры» для общества и бизнеса. Посредством же норм права с той или иной степенью качества, полноты и детализации осуществляется формализация установленных правил в нормативных правовых актах. В правовом государстве как государственные органы, так и иные участники правоотношений, в том числе предпринимательских отношений, подчиняются принятым правовым нормам и функционируют в соответствии с ними.

Согласно ст. 1 Гражданского кодекса РФ предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от использования имущества, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке. Данное универсальное понятие всесторонне проанализировано И.В. Ершовой, которая, в частности, отметила: «В легальном определении предпринимательской деятельности указано, что прибыль извлекается от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг. Рассматриваемый аспект раскрывает содержание предпринимательской деятельности. Однако, как видится, и он сформулирован несколько некорректно, поскольку предпринимательская деятельность многогранна и в условиях рынка ее направления не уклады-

²⁹ Белых В.С. Государственное регулирование предпринимательской деятельности в РФ // Российский юридический журнал. 2007. № 1. С. 39.

ваются в “прокрустово ложе” закрытого перечня»³⁰. Осмелимся предположить, что все же получение систематического дохода охватывают все виды деятельности, прослеживаемые статистикой.

Декларируемая самостоятельность предпринимательской деятельности основана на гарантируемой Конституцией свободе и по содержанию не предусматривает внешнего вмешательства, в том числе вмешательства государственных органов. Фактически государственные органы явно и неявно воздействуют на деятельность субъекта предпринимательства, не неся при этом никакой ответственности в случае негативных результатов.

Так, до недавних пор местные государственные органы исполнительной власти определяли для фермеров, на каких площадях следует выращивать хлопок или иную сельскохозяйственную культуру. Подобное вмешательство государственных органов в деятельность предпринимательских структур фактически сохраняется, при этом для усиления воздействия в отношении «непослушных» лиц могут быть привлечены правоохранительные и контрольные органы, что противоречит Конституции и иным законам. Это экономико-правовая проблема, требующая соответствующей политической воли государства и ее четкой правовой регламентации в отношении прав и полномочий государственных органов и их сотрудников, их материальной ответственности за возмещение убытков от препятствования предпринимательской деятельности.

Проблемы коррупции сотрудников государственных органов, связанные с их вмешательством в деятельность предпринимательских структур, действием или бездействием при оказании государственных услуг субъектам предпринимательства, излишним либо недостаточным регулированием прав и полномочий сотрудников государственных органов, имеет большое влияние на состояние предпринимательства. Несмотря на создание специализированного контрольного органа, значительное число принятых правовых документов в этой сфере, корень имеющихся проблем видится в первую очередь в дублировании исполнения государственных функций, невысоком уровне заработной платы государственных служащих, недостаточной целенаправленности осуществляемых действий в сфере борьбы с коррупцией и неустойчивой государственной воле.

Именно невысокая заработная плата в органах государственной власти, слабые социальные лифты для карьерного роста отталкивают специалистов высокой квалификации от работы в них, что приводит к заполнению штатов госорганов кадрами с недостаточными знаниями и опытом (общеизвестно, что в каждом министерстве и ведомстве, как правило, не более 20–30 % от общего числа сотрудников несут основную трудовую нагрузку, оставшиеся кадры представляют собой фактически балласт), снижает качество подготавливаемых решений и реализуемых действий.

Комплексное применение опыта других стран, сравнительно недавно самостоятельно достигших прогресса в этой сфере (например, Сингапура), возможно, позволит в определенный срок снизить воздействие коррупционной составляющей на развитие предпринимательства.

Для ограничения и регулирования проверок субъектов предпринимательства принят Закон РТ «О проверках деятельности хозяйствующих субъектов»³¹, устанавливающий правовые основы проведения проверок, порядок и процедуры их проведения, права и обязанности хозяйствующих субъектов, должностных лиц проверяющих органов. Устанавливается, что создается Совет по координации деятельности проверяющих органов и единая база по проведенным проверкам, утверждаются типовые правила проведения проверок деятельности хозяй-

³⁰ Еришова И.В. Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике // LEX RUSSICA. 2014. № 2. С. 164.

³¹ Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2015. № 12.

ствующих субъектов (ст. 7), проверяющие органы осуществляют проверку деятельности хозяйствующих субъектов, исходя из степени риска (ст. 11). Однако перечень проверяющих органов все еще является значительным (ст. 2 и 10), для определения степени риска материальные, кадровые и организационные возможности большинства проверяющих органов ограничены.

С 2009 г. действует Закон РТ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей»³², устанавливающий упрощенную комплексную регистрацию хозяйствующих субъектов в налоговых, статистических органах и органах социальной защиты. Пункты регистрации функционируют во всех районных и городских налоговых инспекциях. Одновременно внесены изменения в другие действующие законодательные акты, устанавливающие минимальный размер уставного капитала для обществ с ограниченной ответственностью в размере 500 сомони (около 50 долларов США) и для акционерных обществ – 10 000 сомони (около 1000 долларов США). В результате наряду со значительным упрощением процедур для начала предпринимательской деятельности серьезно увеличился риск для противозаконных действий и создания т. н. «фирм-однодневок».

Как указано, налоговым законодательством установлено шесть льготных налоговых режимов для инвесторов и достаточное число других льгот по отдельным видам налогов. К сожалению, большинство льготных налоговых режимов может быть применено по представлению правительства РТ, что сокращает возможности для инвесторов.

В дополнение к этому принят Закон РТ «Об инвестиционном соглашении»³³, направленный на реализацию крупных инвестиционных проектов в стратегически важных и приоритетных отраслях экономики страны, а также предусматривающий установление для серьезных инвесторов индивидуальных налоговых, таможенных, валютных и пр. режимов. Анализ подписанных соглашений показывает, что фактически такие соглашения принимаются не только для крупных инвестиционных проектов в важных отраслях экономики. В результате льготные налоговые режимы остаются неиспользованными либо использованными с низким эффектом (так, свободные экономические зоны до сих пор не стали точками роста экономики районов, в которых они размещены), что требует дополнительного экономико-правового исследования в этой сфере.

Вопросы доступности для бизнеса кредитных и страховых услуг, высоких кредитных процентных ставок, валютной конвертации уже несколько лет находятся под особым контролем правительства страны. Реализация ранее разработанных законопроектов в этой сфере, решение организационных вопросов проблемных банков и страховых организаций, скорее всего, смягчит сложившуюся ситуацию и упорядочит систему соответствующих услуг для предпринимательского сектора.

Важной сферой государственного правового регулирования является государственный сектор (государственные унитарные предприятия (ГУП) и государственные учреждения), охватывающий существенные доли производства электроэнергии и других товаров, оказания коммунальных услуг, услуг образования, здравоохранения и пр. Деятельность ГУП регулируется Законом РТ «О государственных предприятиях»³⁴. Деятельность государственных учреждений регулируется ГК РТ и иным законодательством.

Проблема ГУП (коммерческих организаций, не наделенных правом собственности на имущество, закрепленное за ними собственником) заключается в их постоянной убыточной деятельности, несмотря на то, что государственными органами реализуются меры по их бюджетной поддержке, предоставлению дополнительных и иных льгот и преференций. Эта ситуация отражена в указанном выше анализе Всемирного банка.

³² Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2009. № 5.

³³ Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2013. № 3.

³⁴ Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2004. № 10.

Согласно ст. 132 ГК РТ учреждением признается организация, созданная собственником для осуществления управленческих, социально-культурных и иных функций некоммерческого характера и финансируемая им полностью или частично. Однако фактически в целях сокращения расходов (в первую очередь, по налоговым обязательствам) центральные и местные исполнительные органы государственной власти на базе ранее действовавших организаций коммерческого характера (по оказанию коммунальных услуг, ремонту и строительству дорог и пр.) создали другие организации, выполняющие те же самые функции, но зарегистрированные как некоммерческие учреждения, что требует проведения правовой оценки.

Имеются чисто правовые проблемы технического характера, влияющие на эффективность государственного регулирования экономики. Это касается, прежде всего, процедур разработки, согласования и принятия законопроектов, регулируемых недавно принятым Законом РТ «О нормативных правовых актах»³⁵. В отличие от других стран, в последние годы в Таджикистане любой законопроект может быть подготовлен в отношении только одного закона (устанавливается, что при изменении других связанных с этим законопроектом законов проекты соответствующих изменений представляются пакетом). На практике, как правило, пакетного представления проектов изменений законов не осуществляется, в результате часто наблюдаются случаи несоответствия норм законов между собой (например, повышение верхнего предела годового дохода субъектов малого предпринимательства с 500 000 сомони до 1 000 000 сомони установлено лишь налоговым законодательством).

Более того, процедура согласования законопроектов усложнена, детально не конкретизирована и длительна, в связи с этим период времени от разработки законопроекта до его принятия занимает у разработчиков не менее шести месяцев, что приводит к длительному несоответствию норм различных законов между собой, различному их толкованию, потерям времени и средств как государства, так и предпринимателей (к примеру, за восемь месяцев 2017 г. в Кыргызстане оперативно принято восемь изменений и дополнений в Налоговый кодекс).

Исходя из приведенного далеко не полного и разностороннего анализа экономико-правовых проблем государственного регулирования предпринимательства на современном этапе, для их решения представляется необходимой выработка конструкции экономической политики государства и ее правового обеспечения, являющейся важной и одновременно сложной в концептуальном плане, содержащей следующую дилемму:

– с одной стороны, государство разрабатывает комплексные, взаимосвязанные меры для дальнейшего развития предпринимательской деятельности, обеспечивающие, в первую очередь, привлечение к труду в Таджикистане излишнего трудоспособного населения, повышает качество государственного регулирования, ограничивает не обусловленное необходимостью вмешательство государственных органов в коммерческую деятельность, для формализации принятых политических решений своевременно и качественно принимает необходимые нормативные правовые акты, обеспечивающие деятельность государственных органов и субъектов бизнеса в рамках требований закона;

– с другой стороны, государство в целях защиты своего бюджета не допускает предоставление излишних льгот и преференций субъектам бизнеса, формирует обязательные для всех предпринимателей простые и точные требования, максимально соответствующие развитию конкуренции и снижению монополизма, устанавливает соответствующие формы и виды ответственности для субъектов – нарушителей установленных правил, обеспечивает меры для государственного мониторинга результатов предпринимательства и организации действенного статистического учета.

³⁵ Ахбори Маджлиси Оли РТ. 2017. № 5.

Библиография:

1. *Белых В.С.* Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. М.: Проспект, 2008.
2. *Губин Е.П.* Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства: дис... д-ра юрид. наук: 12.00.03. М.: РГБ. 2005.
3. *Ершова И.В.* Понятие предпринимательской деятельности в теории и судебной практике // LEX RUSSICA. 2014. № 2.
4. *Жилинский С.Э.* Предпринимательское право: Учебник для вузов. М.: Норма, 1999.
5. *Коваленко Б.Б.* Институты воздействия государства на организации корпоративного предпринимательства: Учебное пособие. СПб.: Изд-во Санкт-Петербургской академии управления и экономики, 2008. С. 24.
6. *Эмомали Рахмон.* Встреча Президента Республики Таджикистан с предпринимателями г. Душанбе, 14 октября 2014 г. URL: <http://www.prezident.tj>

1.4. Правовые основы планирования: формирование и развитие предпринимательно-правовых подходов

Аннотация. В статье исследуются правовые основы планирования как части управления. Проведенный анализ идей профессора Е.П. Губина показывает, что разработанные им концепции обладают высокой актуальностью, а также послужили основой для развития целой научной школы предпринимательского права МГУ имени М.В. Ломоносова, восприняты коллегами из других научных школ, практическими работниками.

Ключевые слова: предпринимательское право, планирование, управление, рыночная экономика.

Annotation. The article examines the legal basis of planning as part of management. The analysis of the ideas of Professor E.P. Gubin shows that the concepts developed by him are highly relevant, and also served as the basis for the development of the whole scientific school of business law of Moscow state University named after M.V. Lomonosov, perceived by colleagues from other scientific schools, practitioners.

Keywords: business law, planning, management, market economy.

С Евгением Парфирьевичем Губиным я познакомилась, когда он читал лекции нашему третьему курсу специалитета. Предпринимательское право казалось нам тогда очень сложным предметом, зарегулированным и имеющим крен в публичное право. Тем большую гордость я испытала, когда сдала экзамен на отлично. Вопрос попался о новой тогда договорной конструкции лизинга. Я отвечала, Евгений Парфирьевич слушал... И задал вопрос: «А что с налогообложением операций лизинга?» Мне повезло, я знала ответ! Евгений Парфирьевич улыбнулся своей доброй, чуть снисходительной улыбкой и подписал зачетку.

Это воспоминание возвращалось ко мне неоднократно. Когда оказалась на одной из первых конференций Юридической недели (тогда еще о неделях не говорили, просто проводили международную конференцию, приуроченную ко Дню юриста), когда Евгений Парфирьевич вручил мне, только что защитившемуся кандидату наук, как старой знакомой, свою книгу о государственном регулировании предпринимательской деятельности. Когда после открытия четвертого корпуса в числе других гостей пригласил зайти на кафедру, гордо демонстрируя новое помещение, уютное и деловое одновременно. Уважительное отношение к коллегам, ученикам, открытость к любого рода предложениям в профессиональной сфере, готовность поддерживать начинающих исследователей – те черты Евгения Парфирьевича, которые сразу обращают на себя внимание и располагают к этому человеку.

Думаю, в немалой степени и по причине личных качеств автора на мое научное будущее большое влияние оказала докторская диссертация Е.П. Губина на тему «Правовые проблемы государственного регулирования рыночной экономики и предпринимательства» и подготовленная на ее основе монография.

В своих исследованиях я искала новое направление, которое позволило бы проанализировать вопросы управления как социального явления с позиции правового регулирования. Меня интересовали возможности права, применимые для решения управленческих задач. Так и появилась идея исследования функции управления, имманентно присущей имуществу и коллективным объединениям.

В части рассмотрения вопросов частного права мне требовалось представить предпринимательство объемным, лишенным схематичности традиционного подхода. В диссертации Евгения Парфирьевича меня привлекло допущение сочетания частных и публичных начал в регулировании экономической деятельности. Требовалось уяснение вопроса, возможно ли сочетание принципа правового равенства частных субъектов предпринимательской деятель-

ности и государственного регулирования на основе целеполагания, прогнозирования и планирования. В этом как раз и стала для меня опорой работа профессора Е.П. Губина.

В одном из разделов названной монографии Е.П. Губин сформулировал, по сути, современную правовую теорию планирования как части управления, которая до сих пор является актуальной.

«Один из основных рыночных регуляторов, – писал Е.П. Губин, – это планирование»³⁶. Экономическая деятельность так же немыслима без планирования, как хозяйственная деятельность вообще. Поэтому необходимость планирования в рыночной экономике – явление объективное. Вряд ли сегодня кто-то будет спорить с этим утверждением. Напротив, вопросы государственного и корпоративного планирования возвращаются на страницы научной юридической периодики, а исторические аспекты планирования теперь представляют не праздный интерес.

Е.П. Губин убеждал читателя, что рыночная экономика не предполагает отказа от планирования как такового: изменяются формы планирования, появляется многообразие методов планирования, не предполагающее устранение директивности как одного из основных методов плановой деятельности государства. Это хорошо видно не только при рассмотрении сущности бюджетного планирования, что является предметом рассмотрения и изучения специалистами в области финансового права, но и при рассмотрении и изучении такого инструмента планирования, как целевые комплексные программы (федеральные, региональные, межгосударственные), которые несут в себе элемент директивности³⁷.

Присоединяясь к позиции профессора Е.П. Губина, подчеркнем, что планирование объективно необходимо с точки зрения науки управления. В теории управления принято считать, что организация как деятельность является функцией управления наряду с планированием, анализом, контролем и т. п.

На наш взгляд, управление как функция реализуется путем ведения систематической, целенаправленной деятельности собственника или уполномоченных им лиц по сохранению и эффективному использованию имущества. С точки зрения права управление представляет собой осуществление организационных функций, обеспечивающих достижение поставленных целей. Исходя из этого, управленческая деятельность подразумевает необходимость определенного воздействия на управляемый объект³⁸. О.Е. Кутафин по этому поводу писал, что, являясь функцией управления (составной частью управленческой деятельности), планирование одновременно выступает одним из способов реализации некоторых или даже многих других функций управления, т. е. является одним из методов управления³⁹.

На наш взгляд, управление как функция есть реализация субъектом права долгосрочных и ежедневных планов, вытекающих из полномочия⁴⁰. Поэтому, опираясь на позицию Е.П. Губина, мы можем сделать вывод, что планирование по существу является одним из проявлений функции управления⁴¹.

Долгое время считалось, что равенство и автономия воли в управлении проявляется в отсутствии административного регулирования хозяйственных отношений сторон. Как отме-

³⁶ Губин Е.П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: 2005. С. 192.

³⁷ Там же.

³⁸ См.: Харитонова Ю.С. Отражение функции управления в институтах гражданского права: дис... д-ра юрид. наук. М., 2011.

³⁹ Кутафин О.Е. Плановая деятельность советского государства. Государственно-правовой аспект. М., 1980. С. 33.

⁴⁰ См. подробнее: Харитонова Ю.С. Управление в гражданском праве: проблемы теории и практики. М.: Норма, Инфра-М, 2011.

⁴¹ См.: Харитонова Ю.С. Отражение функции управления в институтах гражданского права: дис... д-ра юрид. наук. М., 2011.

чается в литературе, «в тот период общественно-экономического развития господствовала концепция, согласно которой государство осуществляет руководство всеми сторонами экономической жизни: производством, обменом, распределением и потреблением»⁴². При этом традиционно в российском частном праве отрицался план экономической деятельности и ее результатов как пережиток социалистического (планового) хозяйства. В силу обстоятельств, связанных с отрицанием многими исследователями всего, что было при командно-административной системе, профессору Е.П. Губину много раз приходилось делать оговорки относительно директивности планов. Так, он указал, что статус директивности сохраняет основной финансовый план – бюджетное планирование. При этом план не следует ассоциировать исключительно с директивным (императивным, авторитарным) способом государственного регулирования и планирования, что, однако, в принципе не исключает использования этого инструмента именно в качестве директивного (императивного), например, при госзаказе, а также в государственном секторе экономики⁴³.

В то же время после перехода к рыночной экономике довольно быстро выяснилось, что планирование оказалось весьма актуальным для многих частных компаний. Так, А.А. Яхонтова, исследуя вопросы газоснабжения, подчеркивала: «Наличие в процессе газоснабжения акта планирования во всех случаях порождает между его адресатами гражданские правоотношения. Роль управляющего, распределяющего ресурсы и составляющего план, изначально выполняет газораспределительная компания, функции которой по мере продвижения газа могут передаваться любому лицу, выполняющему функции поставщика газа»⁴⁴, указывая, что договор газоснабжения входит в сложный юридический состав, включающий акт планирования.

Сегодня уже в учебниках по экономике и менеджменту коммерческой деятельности указывают, что разработка плана по коммерческим операциям компании предполагает⁴⁵:

- использование информации из плана маркетинга о методах и способах стимулирования продаж;

- из прогнозных данных по влиянию маркетинговых и рекламных мероприятий на объемы реализации продукции и услуг на данном рынке;

- плана по формированию конкурентоспособности предприятия; стратегии развития предприятия и видов его деятельности.

Планирование коммерческой деятельности включает следующие процедуры⁴⁶:

- анализ коммерческой деятельности (ее эффективности) с учетом конкурентоспособности продукции;

- оценку конъюнктуры рынка, на котором работает предприятие (существующей и на перспективу);

- формулировку целей и задач развития коммерческой деятельности на перспективу;

- определение возможных проблем эффективного осуществления коммерческих операций в перспективе и выделение приоритетных мероприятий по их решению;

- обоснование прогноза развития коммерческой деятельности с детальной проработкой задач текущего развития;

⁴² Андреева Л.В. Закупки товаров для федеральных государственных нужд: правовое регулирование. М.: Волтерс Клувер, 2009.

⁴³ Губин Е.П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: 2005. С. 209.

⁴⁴ Яхонтова А.А. Правовое регулирование газоснабжения в Российской Федерации (гражданско-правовой аспект): автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 10.

⁴⁵ См. подробнее: Абрамс Р. Бизнес-план на 100 %: Стратегия и тактика эффективного бизнеса. 2-е изд. / Р. Абрамс. М.: Альпина Паблишер, 2015; Голощапова А.И., Пармененков К.Н., Савкина Р.В. Основы коммерческой деятельности: Учебное пособие. М.: Изд-во МГУК, 2000.

⁴⁶ См. подробнее: Поротиков Н.Д. Изучение и прогнозирование покупательского спроса. М.: Лаборатория книги, 2012.

– формирование и утверждение плана развития коммерческой деятельности предприятия и включение его в сводный план развития предприятия на перспективу с выделением ближайшего периода;

– оценку эффективности намеченных мероприятий по реализации продукции и услуг, корректировку (при необходимости) плановых мероприятий и заданий, их оптимизацию.

З.Э. Беневоленская обратила внимание, что создание ФПГ и «развертывание» убытков и прибылей синдиката по трестам в равной степени, имевшее место в давние времена, закладывало начало общего и единого планирования производства и сбыта для всех⁴⁷.

Таким образом, в современных коммерческих организациях достаточно часто применяется планирование хозяйственной деятельности, что не мешает существовать этим организациям как субъектам частного права, осуществляющим свою деятельность на свой риск и по своей инициативе.

Мы разделяем мнение Е.П. Губина о том, что в дальнейшем российский законодатель «совершенно обоснованно соединил прогнозирование социально-экономического развития страны с рынком, подчеркивая тем самым имманентно присущий рынку указанный элемент планирования»⁴⁸. Планирование как единый процесс, включающий и предвидение, и прогнозирование, и программирование, и другие инструменты, требует нормативного регулирования со стороны государства⁴⁹.

Рассматривая правовые инструменты планирования на макроуровне, Е.П. Губин обращает внимание на концепции развития тех или иных сфер, направлений, отраслей и подотраслей народного хозяйства. В этом аспекте концепции следует рассматривать как «правовой документ, имеющий обязательный характер для государственных органов, реализующих экономическую политику государства в соответствующей сфере экономики, в том числе при едином процессе планирования и подготовки нормативных правовых актов»⁵⁰

⁴⁷ Беневоленская З.Э. Доверительное управление имуществом в сфере предпринимательства: монография. М.: Проспект, 2017.

⁴⁸ Губин Е.П. Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые проблемы. М.: 2005. С. 195.

⁴⁹ Там же. С. 220.

⁵⁰ Там же. С. 199.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.