Wybitni
polscy i rosyjscy cywiliści

UNIWERSYTET IM. ADAMA MICKIEWICZA W POZNANIU

Wybitni polscy i rosyjscy cywiliści

Redakcja naukowa
LEOPOLD MOSKWA

WYDAWNICTWO NAUKOWE

POZNAŃ 2015

Recenzenci: prof. dr hab. Oleg A. Gorodow
dr hab. Dorota Sokołowska, prof. US

Komitet redakcyjny:
Elżbieta Białobrodzka
Leopold Moskwa
Aleksandra Rytelewska

Publikacja dofinansowana przez Rektora Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz Wydział Prawa i Administracji UAM

© Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu,
Wydawnictwo Naukowe UAM, Poznań 2015

Fotografie: W.N. Kazarin, Ju.P. Lakutina, *Juridiczeskoje obrazowanije w Wostocznoj Sibiri (1918–1991 ee.)*, Irkuck 2012

Teksty obcojęzyczne wydano na podstawie maszynopisu gwarantowanego

Projekt okładki: Natalia Naglewicz
Redaktor: Bożena Kapusta
Redaktor techniczny: Dorota Borowiak
Łamanie tekstu: Eugeniusz Strykowski

ISBN 978-83-232-2972-8

Spis treści

Słowo wstępne (Leopold Moskwa) 13

Słowo wstępne (j. ros.) (Leopold Moskwa) 15

I. BIOGRAFIE

ROMAN ACHMEDOW
Michaił Michajłowicz Agarkow – ślad w historii prawa cywilnego 19

JULIA MANZUŁA
Wkład naukowy M.M. Agarkowa w cywilistykę rosyjską 29

ANASTAZJA WORONIECKAJA
Wkład naukowy B.B. Czerepachina w rosyjskie prawo cywilne 41

GLEB DRUŻININ
Wasilij Pawłowicz Domanżo – „ojciec-założyciel" Irkuckiego Uniwersytetu 51

ARTJUN SARKISJAN
Prawoznawstwo – moja profesja, powołanie i życie (wkład W.A. Dozorciewa w rozwój rosyjskiej myśli cywilistycznej) 63

JACEK NAPIERAŁA
Profesor Józef Górski – wybitny prawnik, organizator, nauczyciel, uczony 77

EWA MARCZAK, NATALIA ZATOŃ
Stefan Grzybowski – prawdziwy mistrz 93

KONSTANTIN LIEBIEDIEW
Wybitny teoretyk prawa cywilnego. Dla upamiętnienia 95. rocznicy urodzin Olimpiada S. Joffego 103

URSZULA MOSKWA
Walery Abramowicz Musin – jurysta doskonały 123

ANDRZEJ GULCZYŃSKI
Alfred Ohanowicz – cywilista w czterech systemach 139

ANNA BRATEK, MAGDALENA UBA
Życie prof. Radwańskiego i jego wpływ na kształt nowego Kodeksu Cywilnego 153

MARIA BYSTROWA, ARTJOM SOROKIN
Wkład Władimira Aleksandrowicza Riasienciewa w rosyjskie prawo rodzinne 167

AURELIA NOWICKA
Profesor Stanisław Sołtysiński – wybitny uczony i praktyk. Współtwórca nowoczesnego prawa handlowego 181

IGOR ARZUMANOW
G.F. Szerszeniewicz – polski szlachcic na rosyjskich uniwersytetach 203

DARIA BUŁANOWA
Eugeniusz Władimirowicz Waśkowski – od Imperatorskiego Noworosyjskiego Uniwersytetu po Uniwersytet Wileński 219

GALINA SIERJODKINA
Wkład naukowy E.W. Waśkowskiego w rosyjską cywilistykę 231

ANTON IWANOW
Uczony i władza. Życie i praca A.W. Wieniediktowa (1887–1959) 241

WIKTOR KAZARIN
Wybitni cywiliści irkuckiej szkoły prawa 261

II. CIĄGLE AKTUALNE DYLEMATY PRAWA CYWILNEGO

PRAWO HANDLOWE

ELŻBIETA BIAŁOBRODZKA
Przedsiębiorstwo w spółce komandytowej z udziałem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością 289

RÓŻA DZIEWA-NOWACKA
Zaskarżanie uchwał zarządu i rady nadzorczej w spółkach kapitałowych 305

MICHAŁ GŁUCHOWSKI
Elastyczny system ochrony wierzycieli jako alternatywa dla kapitału zakładowego (porównanie regulacji *Unternehmergesellschaft* i projektu reformy polskiej spółki z o.o.) 323

MARIA HOROSZKO
Łącznik siedziby spółki w polskim i niemieckim prawie międzynarodowym prywatnym na tle europejskim 343

MIKOŁAJ KONDEJ
Należyta staranność przy teście płynnościowym proponowanym w nowelizacji Kodeksu spółek handlowych 361

OLGA MAKAROWA
Rozwój koncepcji I.T. Tarasowa o gospodarczych (rządowych) spółkach kapitałowych na gruncie współczesnych uwarunkowań gospodarczych w Rosji ... 375

JAGODA PONCYLJUSZ
Wybrane problemy umorzenia udziałów w spółce z o.o. w ujęciu prawnoporównawczym ... 389

WŁADIMIR POPONDOPUŁO, ELENA SLIEPCZENKO
Ustawodawstwo rosyjskie o upadłości (niewypłacalności): historia, stan aktualny i tendencje rozwoju ... 405

ALEKSANDRA RYTELEWSKA
Podział spółki przez wydzielenie – próba naprawy czy sposób na obejście przepisów o ochronie wierzycieli? Kilka uwag na tle art. 546 § 1 k.s.h. ... 423

JERZY WYSOCZAŃSKI
Uczestnictwo wspólników spółki dzielonej w spółkach przejmujących lub nowo zawiązanych – sukcesja personalna ... 439

PRAWO ZOBOWIĄZAŃ

IZABELA HASIŃSKA
Dopuszczalność zmian podmiotowych w ramach stosunku spółki cywilnej ... 457

ALEKSANDR KLIMOWICZ
Rozwój zobowiązań z deliktów w prawie rzymskim i w prawie rosyjskim w okresie przedrewolucyjnym ... 473

KONSTANTIN LIEBIEDIEW
Zobowiązania i umowy gospodarcze w świetle ogólnej nauki o zobowiązaniach i umowach w prawie rosyjskim ... 493

MARTA NAWROCKA
Wybrane aspekty swobody umów w prawie polskim i rosyjskim ... 521

ANNA WASILCZENKO
Problemy teorii zobowiązania w pracy M.M. Agarkowa ... 533

MAGDALENA ZAMROCZYŃSKA
Nienazwana i nieuregulowana, ale szeroko używana – kilka słów na temat spółki cichej ... 541

ALEKSANDR ZAWGORODNIJ
Umowy o pracę z wykładowcami akademickimi jako rezultat postępowania konkursowego ... 555

RAGIMA ZIEJNAŁOWA
Instytucja umowy niezawartej w prawie cywilnym Rosji ... 577

CYWILISTYCZNE MISCELLANEA

ALISA BIESOWA
Cenzus wykształcenia dla kandydatów na sędziego pokoju według Statutów Sądowych z 1864 r. 597

OLEG GORODOW
Przesłanki zdolności patentowej wynalazku w świetle prawa rosyjskiego: historia i współczesność 607

LEOPOLD MOSKWA
Podmiotowość w polskim prawie cywilnym 625

VALERY MUSIN
Przerwanie biegu przedawnienia 643

ANDRIEJ NOWIKOW
Granice odpowiedzialności spadkobiercy za długi spadkodawcy w rosyjskim prawie cywilnym 651

KORNEL SADOWSKI
Własność i ochrona zabytków. Kolizja między prawem własności a przepisami z zakresu ochrony zabytków 671

JEWGIENIJ SAWCZUK
Wkład naukowy M.M. Agarkowa w badania nad papierami wartościowymi 685

DMITRIJ SZORNIKOW
Fauna jako przedmiot praw cywilnych: w przedrewolucyjnym prawie cywilnym i dzisiaj 697

MAKSIM TIRSKICH
Relacja między doktrynami radzieckiej cywilistyki lat 20. i 30. XX wieku i rozwojem ustroju politycznego 713

Spis treści / Содержание / Contents

Słowo wstępne (Leopold Moskwa) 13

Предисловие (Леопольд Москва) 15

I. BIOGRAFIE

Роман Ахмедов
Михаил Михайлович Агарков – след в истории гражданского права 19

Юлия Манзула
Научный вклад в российскую цивилистику Агаркова М.М. 29

Анастасия Воронецкая
Научный вклад Черепахина Б.Б. в российское гражданское право 41

Глеб Дружинин
Василий Павлович Доманжо – „отец-основатель" Иркутского университета 51

Арутюн Саркисян
Юриспруденция – моя профессия, призвание и жизнь (вклад Дозорцева В.А. в развитие российской цивилистической мысли) 63

Jacek Napierała
Profesor Józef Górski – wybitny prawnik, organizator, nauczyciel, uczony 77

Ewa Marczak, Natalia Zatoń
Stefan Grzybowski – the Master 93

Константин Лебедев
Ведущий теоретик гражданского права. К 95-летию со дня рождения Олимпиада С. Иоффе 103

Urszula Moskwa
Valery Abramovich Musin – the perfect lawyer 123

ANDRZEJ GULCZYŃSKI
Alfred Ohanowicz – cywilista w czterech systemach 139

ANNA BRATEK, MAGDALENA UBA
Prof. Radwański's life and his influence on the new Polish Civil Code 153

МАРИЯ БЫСТРОВА, АРТЁМ СОРОКИН
Вклад Владимира Александровича Рясенцева в российское семейное право 167

AURELIA NOWICKA
Profesor Stanisław Sołtysiński – wybitny uczony i praktyk. Współtwórca nowoczesnego prawa handlowego 181

ИГОРЬ АРЗУМАНОВ
Габриэль Феликсович Шершеневич – польский дворянин в российских университетах 203

ДАРЬЯ БУЛАНОВА
Евгений Владимирович Васьковский – от Императорского Новороссийского университета до Вильнюсского университета 219

ГАЛИНА СЕРЁДКИНА
Научный вклад в российскую цивилистику Васьковского Е.В. 231

АНТОН ИВАНОВ
Ученый и власть. Жизнь и деятельность А.В. Венедиктова (1887–1959) 241

ВИКТОР КАЗАРИН
Выдающиеся цивилисты иркутской правовой школы 261

II. CIĄGLE AKTUALNE DYLEMATY PRAWA CYWILNEGO

PRAWO HANDLOWE

ЭЛЬЖБЕТА БЯЛОБРОДЗКА
Проблема предприятия в коммандитном товариществе с участием общества с ограниченной ответственностью 289

RÓŻA DZIEWA-NOWACKA
Appeals against resolutions adopted by management boards and supervisory boards of companies 305

MICHAŁ GŁUCHOWSKI
Elastyczny system ochrony wierzycieli jako alternatywa dla kapitału zakładowego (porównanie regulacji *Unternehmergesellschaft* i projektu reformy polskiej spółki z o.o.) 323

MARIA HOROSZKO
Łącznik siedziby spółki w polskim i niemieckim prawie międzynarodowym prywatnym na tle europejskim 343

MIKOŁAJ KONDEJ
Due care under the proposed liquidity test to be introduced to Polish company law 361

ОЛЬГА МАКАРОВА
Развитие идей Тарасова И.Т. о хозяйственных (правительственных) обществах в современных экономических условиях России 375

JAGODA PONCYLJUSZ
Wybrane problemy umorzenia udziałów w spółce z o.o. w ujęciu prawnoporównawczym 389

ВЛАДИМИР ПОПОНДОПУЛО, ЕЛЕНА СЛЕПЧЕНКО
Российское законодательство о несостоятельности (банкротстве): история, состояние и тенденции развития 405

ALEKSANDRA RYTELEWSKA
Podział spółki przez wydzielenie – próba naprawy czy sposób na obejście przepisów o ochronie wierzycieli? Kilka uwag na tle art. 546 § 1 k.s.h. 423

JERZY WYSOCZAŃSKI
Taking up shares in the acquiring companies or newly formed companies by the demerging company shareholders – the personal succession 439

PRAWO ZOBOWIĄZAŃ

IZABELA HASIŃSKA
Dopuszczalność zmian podmiotowych w ramach stosunku spółki cywilnej 457

АЛЕКСАНДР КЛИМОВИЧ
Развитие обязательств из деликтов в римском и русском дореволюционном праве 473

КОНСТАНТИН ЛЕБЕДЕВ
Предпринимательские обязательства и договоры в свете общего учения об обязательствах и договорах в российском праве 493

MARTA NAWROCKA
Selected aspects of freedom of contract in Polish and Russian law 521

АННА ВАСИЛЬЧЕНКО
Проблемы теории обязательства в труде М.М. Агаркова 533

MAGDALENA ZAMROCZYŃSKA
Unnamed and unregulated but widely used – remarks concerning a silent partnership 541

Александр Завгородний
Трудовые договоры с преподавателями вузов на основе результатов конкурса 555

Рагима Зейналова
Институт незаключенного договора в гражданском праве России 577

Cywilistyczne miscellanea

Алиса Бесова
Образовательный ценз кандидата в мировые судьи по Судебным Уставам 1864 г. 597

Олег Городов
Условия патентоспособности изобретения по российскому законодательству: история и современность 607

Леопольд Москва
Правосубъектность в польском гражданском праве 625

Valery Musin
Interruption of the time limitation period 643

Андрей Новиков
Пределы ответственности наследника по долгам наследодателя в российском гражданском праве 651

Kornel Sadowski
Ownership and protection of monuments. Collision between a property right and provisions on the protection of monuments 671

Евгений Савчук
Научный вклад Агаркова М.М. в исследование ценных бумаг 685

Дмитрий Шорников
Животный мир как объект гражданских прав: в дореволюционном гражданском праве и сегодня 697

Максим Тирских
Соотношение доктрин советской цивилистики 20–30-х годов XX века и развития политического режима 713

Słowo wstępne

Niniejsze opracowanie stanowi pokłosie konferencji naukowej „Wybitni polscy i rosyjscy cywiliści", która odbyła się w dniach 24–26 czerwca 2014 r. w Sankt Petersburgu. Stanowiła ona pierwszy etap VIII Polsko-Rosyjskiej Letniej Szkoły Prawa. Konferencja została zorganizowana przez trzy uniwersytety: Irkucki Państwowy Uniwersytet (IGU), Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (UAM) oraz Sankt-Petersburski Państwowy Uniwersytet (SPbGU). Wzięli w niej udział pracownicy naukowi wydziałów prawa IGU, UAM i SPbGU oraz polscy i rosyjscy studenci.

Tradycja polsko-rosyjskich letnich szkół prawa i związanych z nimi konferencji naukowych została zapoczątkowana w 2006 r. Tematami spotkań były: „Polska – jej historia, polityka i prawo" (Poznań, 10–23 lipca 2006 r.), „Unia Europejska – członkostwo Polski, partnerstwo Rosji" (Poznań, 20 lipca – 2 sierpnia 2008 r.), „Wymiar sprawiedliwości w Federacji Rosyjskiej i w Polsce – problemy teorii i praktyki" (Irkuck, 18–29 sierpnia 2009 r.), „Etyka i prawo" (Poznań, 5–16 lipca 2010 r.), „Prawo i kultura w globalnym świecie" (Sankt Petersburg, 26 czerwca – 7 lipca 2011 r.), „Tendencje rozwoju prawa prywatnego" (Irkuck, 20–29 sierpnia 2012 r.), „Prawo własności – czy rzeczywiście takie święte?" (Poznań, 2–12 lipca 2013 r.). Każdorazowo patronat nad szkołami sprawowali rektorzy IGU, UAM i SPbGU, a w charakterze gości specjalnych występowali konsulowie generalni FR w Poznaniu i RP w Irkucku i Sankt Petersburgu oraz wybitni uczeni z innych uczelni.

Uwieńczeniem kolejnych (choć nie wszystkich) konferencji naukowych były publikacje książkowe obejmujące zaprezentowane w ich trakcie referaty. Niniejsze opracowanie stanowi szóstą z kolei pozycję – wcześniej ukazały się: * L. Moskwa (red.), *Unia Europejska – członkostwo Polski, partnerstwo Rosji (Jewropiejskij Sojuz – czlienstwo Polszi, partnierstwo Rossii)*, Poznań 2009, 386 s., ISBN 978-83-60550-21-2, * A. Kojsin (red.), *Justice in the Russian Federation and Poland: Problems of the Theory and Practice (Prawosudie w Rossijskoj Fiedieracii i Polszie: probliemy tieorii i praktiki)*, Irkutsk 2010, 263 s., ISBN 978-5-9624-0423-3,

* L. Moskwa (red.), *Polish and Russian law: dilemmas new and old (Polskoie i rossijskoie zakonodatielstwo: nowyie i staryie diliemmy)*, Poznań 2011, 388 s., ISBN 978-83-60550-37-3, * K.S. Bezig (red.), *Trends of Private Law Development* (*Tiendiencii razwitia czastnogo prawa*), Irkutsk 2013, 436 s., ISBN 978-5-9624-0745-6, * L. Moskwa (red.), *Right to property – is it really inviolable?*, Poznań 2014, 434 s., ISBN 978-83-939656-0-1.

Opracowanie, które oddajemy do rąk Czytelników, obejmuje 45 referatów, które w większości zostały przedstawione w trakcie sankt-petersburskiej konferencji. Referaty podzielono na dwie grupy. Pierwsza z nich zawiera teksty prezentujące biografie sześciu polskich (Józef Górski, Stefan Grzybowski, Alfred Ohanowicz, Zbigniew Radwański, Stanisław Sołtysiński, Eugeniusz Waśkowski) i dziewięciu rosyjskich (Michaił Michajłowicz Agarkow, Borys Borysowicz Czerepachin, Wasilij Pawłowicz Domanżo, Wiktor Abramowicz Dozorciew, Olimpiad Solomonowicz Joffe, Walery Abramowicz Musin, Władimir Aleksandrowicz Riasienciew, Gabriel Feliksowicz Szerszeniewicz, Anatolij Wasiliewicz Wieniediktow) wybitnych cywilistów. Ponieważ jakiekolwiek wartościowanie dokonań konkretnych uczonych na tle osiągnięć innych było – z oczywistych względów – z góry skazane na niepowodzenie, biografie ułożono w porządku alfabetycznym. Tę grupę referatów uzupełnia tekst poświęcony wybitnym cywilistom irkuckiej szkoły prawa. Na grupę drugą składają się referaty dotyczące problemów lokujących się w głównym nurcie niezwykle szerokich zainteresowań wymienionych wyżej uczonych. Teksty podzielono na trzy podgrupy tematyczne: * prawo handlowe, * prawo zobowiązań, * cywilistyczne miscellanea. Mam nadzieję, że niniejsza książka chociażby w niewielkim stopniu przybliży sylwetki wybitnych Polaków i Rosjan czytelnikom w obu krajach, który to element wzajemnego poznania stanowi od zawsze warunek dobrych stosunków między narodami.

dr hab. Leopold Moskwa, prof. UAM

Предисловие

Эта публикация является результатом научной конференции „Выдающиеся польские и российские цивилисты", которая состоялась 24–26 июня 2014 года в Санкт-Петербурге. Конференция стала первым этапом VIII польско-российской летней школы права и была организована тремя университетами: Иркутским государственным университетом (ИГУ), Университетом им. Адама Мицкевича в Познани (УАМ) и Санкт-Петербургск*им* государственн*ым* университет*ом* (СПбГУ). В ней приняли участие научные работники факультетов права ИГУ, УАМ и СПбГУ, а также польские и российские студенты.

Традиция польско-российских летних школ права и связанных с ними научных конференций была положена в 2006 году. Темы встреч были следующие: „Польша – ее история, политика и право" (Познань, 10–23 июля 2006 г.), „Европейский союз – членство Польши, партнерство России" (Познань, 20 июля–2 августа 2008 г.), „Правосудие в Российской Федерации и в Польше: проблемы теории и практики" (Иркутск, 18–29 августа 2009 г.), „Этика и право" (Познань, 5–16 июля 2010 г.), „Право и культура в глобальном мире" (Санкт-Петербург, 26 июня–7 июля 2011 г.), „Тенденции развития частного права" (Иркутск, 20–29 августа 2012 г.), „Право собственности – святая святых. Так ли это?" (Познань, 2–12 июля 2013 г.). Каждый раз школы проходили под патронатом ректоров ИГУ, УАМ и СПбГУ, а в качестве специальных гостей выступали генеральные консулы РФ в Познани и Польши в Иркутске и Санкт-Петербурге, а также выдающиеся ученые из других университетов.

Итогом научных конференций (хотя не всех) стало издание книг, в которые были включены представленные рефераты. Настоящее издание является шестым по счету – ранее были опубликованы: * *Unia Europejska – członkostwo Polski, partnerstwo Rosji (Европейский союз – членство*

Польши, партнерство России), под ред. Л. Москва, Познань 2009, с. 386, ISBN 978-83-60550-21-2, * *Justice in the Russian Federation and Poland: Problems of the Theory and Practice (Правосудие в Российской Федерации и Польше: проблемы теории и практики)*, под ред. А. Койсин, Иркутск 2010, с. 263, ISBN 978-5-9624-0423-3, * *Polish and Russian law: dilemmas new and old (Польское и российское законодательство: новые и старые дилеммы)*, под ред. Л. Москва, Познань 2011, с. 388, ISBN 978-83-60550-37-3, * *Trends of Private Law Development* (*Тенденции развития частного права*), под ред. К. С. Безик, Иркутск 2013, с. 436, ISBN 978-5-9624-0745-6, * *Right to property – is it really inviolable?*, под ред. Л. Москва, Познань 2014, с. 434, ISBN 978-83-939656-0-1.

Сборник, который мы отдаем в руки читателей, состоит из 45 выступлений, которые в основном были представлены во время санкт-петербургской конференции. Рефераты разделены на две группы. Первая содержит тексты, представляющие биографии шести польских (Юзеф Гурский, Стефан Гжибовский, Альфред Оханович, Збигнев Радваньский, Станислав Солтысиньский, Евгений Васьковский) и девяти российских (Михаил Михайлович Агарков, Борис Борисович Черепахин, Василий Павлович Доманжо, Виктор Абрамович Дозорцев, Олимпиад Соломонович Иоффе, Валерий Абрамович Мусин, Владимир Александрович Рясенцев, Габриэль Феликсович Шершеневич, Анатолий Васильевич Венедиктов) выдающихся специалистов гражданского права. Так как сравнительная оценка достижений была – по понятным причинам – обречена на провал, биографии размещены в алфавитном порядке. Эта группа дополнена текстом о выдающихся специалистах гражданского права иркутской правовой школы. Вторая группа включает статьи, касающихся проблематики, интересующей выше перечисленных ученых. Тексты разделены на три подтемы: * коммерческое право, * договорное право, * разное о гражданском праве. Надеюсь, что эта книга хотя бы немного приблизит профили выдающихся поляков и россиян читателям обеих стран, так как элемент взаимного познания всегда является условием хороших отношений между народами.

Профессор УАМ Леопольд Москва

I

BIOGRAFIE

Михаил Михайлович Агарков – след в истории гражданского права

Michaił Michajłowicz Agarkow – ślad w historii prawa cywilnego

РОМАН АХМЕДОВ

Резюме

Статья представляет собой краткий биографический очерк о жизни известного русского цивилиста – Михаила Михайловича Агаркова. В ней приводятся обстоятельства жизни автора от самых истоков его научного творчества до расцвета его карьеры. В статье используются материалы, взятые из наиболее известных трудов по изучению жизни и творчества профессора, а также из воспоминаний его близких и учеников. Работа направлена на систематизацию данных материалов и наиболее полное и точное изложение обстоятельств. Это является важным, так как в работах авторов, ранее исследовавших эту проблему имеются значительные противоречия. Акцент в статье сделан именно на жизнь Михаила Михайловича в г. Иркутске и его деятельность в иркутском государственном университете (ИГУ) в этот период. Именно на его трудах основываются сейчас авторитетнейшие авторы современности.

Ключевые слова: гражданское право, Иркутск, университет.

Введение

На современном этапе развития, наука гражданского права представляет собой единую, грамотно укомплектованную систему для

изучения. Через неё прошло уже множество поколений, изменяя и улучшая её в ногу со временем. Особое место среди российских учёных цивилистов занимает Михаил Агарков как исследователь, который стоял у истоков развития советского гражданского права. Михаил Агарков является общепризнанным профессором, труды которого до сих пор представляют интерес среди юристов. Это деятель, который ставил интересы развития государства, права и науки выше своих собственных. Имя его известно всем исследователям в области гражданского права.

Михаил Агарков был одним из наиболее видных исследователей первой половины XX вв. в области гражданского права. Он оставил богатое и разнообразное по содержанию наследие состоящее, более чем из шестидесяти научных работ и внёс, тем самым огромный вклад в области гражданского, торгового и банковского права. Но в этой статье речь пойдёт не о научном вкладе учёного, хотя, думается, по данной тематике можно сказать ещё больше. В этой работе будет освещена биография Михаила Михайловича, обстоятельства его жизни, воспоминания современников, тех, кому посчастливилось лично знать учёного и кому навсегда запали в душу его прекрасные личные качества.

Деятельность в г. Казань и Казанском университете

М.М. Агарков родился в 1890 году, в г. Казань. Его отец занимал должность служащего чиновника, а мать была француженкой, воспитывала детей: Михаила, а также двух его сестёр Надежду и Марию. Являясь вторым ребёнком в семье, юный Михаил Агарков детство своё провёл в достатке. Доходов отца хватало на содержание семьи. После окончания первой Казанской гимназии в 1908 г., он поступает на юридический факультет Казанского университета. Однако спустя год, Михаил Михайлович переводится на тот же юридический факультет Петербургского университета, где были лучшие условия для дальнейшего обучения. М.М. Агарков всегда был талантливым студентом, об этом говорит факт его постоянного рвения к изучению права, в независимости от места его нахождения и условий обучения.

Но, несмотря на его отличные способности, уже в 1910 г. ему пришлось вернуться в Казанский университет. Его он окончил 1912 г. с дипломом первой степени. Главным наставником студента Агаркова выступал авторитет российской цивилистики – профессор граждан-

ского и торгового права Габриэль Феликсович Шершеневич, к сожалению, скоропостижно скончавшийся в год окончания университета будущим ученым. Как один из лучших выпускников М.М. Агарков был оставлен при университете на кафедре гражданского права и судопроизводства. Под руководством профессора Александра Александровича Симолина, он приступил к подготовке магистерских экзаменов. А.А. Симолин, в дальнейшем стал ориентиром для Михаила Михайловича, в жизни и научной работе Агарков стремился придерживаться наставлений, данных ему Александром Александровичем.

По решению Совета Казанского университета учёный был командирован на стажировку в Париж для подготовки к преподавательской деятельности. На юридическом факультете университета Сорбонна российский магистрант слушал лекции знаменитых цивилистов мира, таких как: А. Колин, М. Планиоль, Е. Годеме, Е. Эрлих, Х. Капитан и др. Курс, который изучал Михаил Михайлович в Сорбонне смело можно назвать аспирантским, так как тот неоценимый объём знаний, который исследователь приобрёл, обучаясь во Франции, впоследствии помогал ему на протяжении всей жизни. К сожалению, М.М. Агаркову удалось пробыть во Франции чуть больше года, вместо запланированной стажировки на двадцать четыре месяца. Из-за начавшейся первой мировой войны, ему пришлось вновь возвращаться в Казань. Однако время, проведённое в Сорбонне, явилось важнейшим периодом в становлении его как учёного. Впоследствии Михаил Михайлович остался верен лучшим традициям французской школы цивилистики.

Возвратившись в университет г. Казани, М.М. Агарков начинает реализовывать свой научный потенциал. Он успешно сдаёт магистерский экзамен в 1915 г. А через некоторое время зачисляется приват-доцентом университета г. Казани. Помимо преподавания гражданского и торгового права в университете, Михаил Михайлович начинает публиковать свои труды. Выходит его первая работа – *Право на имя*, которая представляет собой статью в виде монографии. Она выходит в сборнике, посвящённом памяти Г.Ф. Шершеневича.

Семейная жизнь Михаила Михайловича складывалась довольно трудно. Первая его жена-Наталья Петровна Кротова, являлась дочерью заслуженного профессора Казанского университета – Петра Ивановича Кротова. Она скончалась в 1916 году при родах, уже через три года после свадьбы. Их сына назвали Олегом, мать которому заменяла сестра Михаила Михайловича – Надежда Михайловна Агаркова, преподававшая французский язык в военной Академии им. Фрунзе. Вторая его сестра – Мария Михайловна Агаркова стала выдающимся математиком, доктором наук и профессором. На Михаила Михайловича ложилась

довольно большая ответственность в связи с обстановкой в семье, но даже в этой ситуации он находил силы заниматься научной деятельностью и преподавать.

Деятельность в Иркутске и Иркутском университете

Революция и гражданская война сделали своё дело. Казань к 1918 г. явилась территорией военного противостояния,что, конечно же, не могло не повлиять на работу Казанского университета и, как следствие, на жизнь М.М. Агаркова. К этому моменту его, вместе с преподавательским составом Казанского университета,эвакуировали.

В 1918 г. Омское демократическое правительство организует в Иркутске университет, который начинает активно формировать преподавательский состав и приглашать выдающихся профессоров и доцентов из российских университетов. Михаил Агарков один из первых откликнулся на данное приглашение и впоследствии стал активным участником процесса совершенствования жизни университета.

Ужев 1918 г. экстраординарный профессор по кафедре гражданского и торгового права М.М. Агарков был первым исполнявшим должность декана юридического факультета и пребывал в ней около двух недель, пока постоянным деканом не стал профессор В.П. Доманжо. Именно поэтому имя М.М. Агаркова стоит одним из первых в списке профессоров Иркутского университета, являющихся „отцами-основателями" первого университета в Восточной Сибири.

В октябре 1918 года экстраординарному профессору было выдано удостоверение в том, что он являлся беженцем и не имел возможности приобрести верхнюю штатскую одежду, а носилформу, выданную ему еще как члену думского комитета по обороне города Казани. Также, имеются данные о том, что М.М. Агарков, наряду с некоторыми другими профессорами иркутского университета, имел право на ношение и хранение оружия (револьвера). Эти и другие факты говорят об особенностях преподавательской деятельности Михаила Михайловича в Иркутске. Но даже несмотря на те условия, в которых приходилось работать, он не терялся и продолжал исполнять возложенные на него обязанности.

В Иркутском университете М.М. Агарков читал курсы гражданского и торгового права, а также общей теории права (энциклопедии права). С уже накопленными в Казанском, Санкт-Петербургском университетах, а также в Сорбонне знаниями, Михаил Михайлович стал отличным профессионалом в области преподавания права. Его ученики –

студенты юридического факультета Иркутского государственного университета, могли в полном объёме осваивать учебный материал, а также перенимать бесценный опыт преподавателя.

Об активном участии М.М. Агаркова в жизни университета могут говорить различные факты. В частности, к его заслугам в Иркутском университете можно отнести:его преподавание на Высших Сибирских корпоративно-муниципальных курсах, образованных на базе юридического факультета ИГУ; председательство в комиссии по рассмотрению уставов; членство в философско-педагогическом обществе; членство в комиссии по составлению проекта положения о дисциплинарном суде (Казарин, 2004, с. 167–174). А также, М.М. Агарков, являлся представителем университета в Восточно-Сибирском отделе русского географического общества. Эти положения демонстрируют нам большую степень вовлечённости экстраординарного профессора в жизнь не только Иркутского университета, но и самого г. Иркутска. Труд Михаила Михайловича на благо Иркутска стал составной частью механизмов, способствующих развитию города, его становления как учебного центра Восточной Сибири.

В 1919 г. Михаил Агарков был избран профессором Пермского университета. Но мнение по этому поводу руководства юридического факультета и ректора Иркутского университета было отрицательным, поскольку с уходом Агаркова уровень преподавания по кафедрам торгового права и общей теории права был бы значительно ниже. Учитывая эту позицию, Михаил Михайлович послал в министерство народного просвещения телеграмму с отказом от кафедры в Пермском университете (Казарин, 2012, с. 117–118). После происшествия данных событий, М.М. Агарков был избран профессором кафедры торгового права, за верность Иркутскому университету и активную преподавательскую деятельность.

Деятельность в Саратовском университете

После окончания боевых действий на основной территории страны, М.М. Агарков не возвращается в Иркутск из командировки, подобно другим профессорам. Возможность приобретения лучших условий труда, а также развития в области науки, характеризовали переезд Михаила Агаркова.

В 1920 г. профессор устраивается на должность доцента Саратовского университета. И в последующие годы начинает активную научную деятельность в университетах г. Саратов. Работает профессором

кафедры гражданского права, далее заместителем декана факультета общественных наук. А уже с 1922 занимает должность ректора Саратовского института народного хозяйства.

Деятельность в г. Москва

Переехав в Москву, всё в том же 1922 г., Михаил Михайлович находит себя как отличный практик в области юриспруденции. Он возглавлял юридическую службу в ведущих предприятиях страны таких как: Правлениегосударственного банка СССР, Совет народных комиссаров СССР, Народный комиссариате финансов, Народный комиссариат внешней торговли и Союзнефтеэкспорт, а такжеявлялся научным консультантом при Верховном Суде СССР и Государственном арбитраже СССР (Томсинов, 1997, с. 34). Удивительно, но на всех этих должностях Михаил Михайлович успел поработать в течение 14 лет.

С 1937 года Михаил Михайлович Агарков переходит на научно – педагогическую деятельность. Защищает докторскую диссертацию по гражданскому праву в 1939 г. Заступает на должность профессора, а затем заведующего кафедрой гражданского права Всесоюзной правовой академии. Позже, занимал должность заместителя заведующего секцией гражданского права Всесоюзного института юридических наук. Раскрывавшийся научный потенциал учёного являлся тенденцией к его развитию как профессионала. Быстрое движение по карьерной лестнице обусловливается личными и профессиональными качествами Михаила Михайловича. По мнению профессора Халфиной Р.О., учёный пользовался огромным авторитетом среди практических работников. К нему постоянно обращались за советами и консультациями (Халфина, 1978, с. 95–102). Профессору Агаркову были свойственны высокая принципиальность, стойкость, мужество в отстаивании своих взглядов. Будучи образцом научной добросовестности, М.М. Агарков был непримирим ко всем проявлениям непродуманного, легковесного отношения к науке. Его возмущала демагогия, попытки красивыми словами прикрыть отсутствие или недостаток научной аргументации. Критерием оценки точки зрения, аргумента, предложения для него служила научная обоснованность, логическая безупречность, органическая связь с теоретическими основами.

В 1940–1941 годах профессор Агарков является заведующим секцией гражданского права в Институте права Академии наук СССР. В секции систематически с широким участием практических работников обсуж-

дались новые законодательные акты, вопросы их применения. Выступления М.М. Агаркова всегда привлекали живое внимание.

В последующем, М.М. Агарков становится заместителем директора Института права Академии наук СССР и заведующим кафедрой гражданского права юридического факультета Московского Государственного Университета. Михаил Михайлович Агарков в своей жизни не только достиг высоких результатов в области преподавательской деятельности, но и внёс огромный вклад в развитие гражданского права как в отдельных университетах, так и в России в целом. Он является автором фундаментальных трудов по банковскому, торговому праву, а также разработки учения о ценных бумагах.

Характерные черты творчества М.М. Агаркова

Для творчества М.М. Агаркова были характерны такие черты, как тонкость юридического анализа, убедительность аргументации, использование огромного фактического материала, лаконизм изложения. Поражает внимание энциклопедическая осведомлённость Агаркова об основных течениях в современной ему зарубежной и отечественной науке гражданского права. Автор активно использовал монографии и статьи Леона Дюги, Мерлина Леруа, Бориса Николаевича Чичерина и Льва Иосифовича Петражицкого, но основывался всё же на глубоком знании марксистско-ленинской теории (Халфина, 1978, с. 95–102). Читая его книги и статьи, нельзя пропустить ни одной строчки, в них нет ни одной лишней, проходной страницы или абзаца. Поэтому, может быть, не всегда видно, какой огромный труд лежит за чёткими формулировками, строгими аргументами, отточенными характеристиками. Автор всегда придерживался мнения о том, что лучше публиковать небольшую по содержанию работу с важнейшими „выжимками", имеющими непосредственное значение и требующими глубокого переосмысления, чем работу большую по содержанию, но действительный вклад которой, сравнительно мал.

Прошло уже почти семьдесят лет с тех пор, как смерть вырвала из среды советских учёных-юристов одного из наиболее ярких, одарённых, глубоко и разносторонне эрудированных её представителей. М.М. Агарков скончался на 58-м году жизни от неожиданного инфаркта, в расцвете творческих сил. Его останки покоятся на Введенском кладбище в Москве. Тем, кому посчастливилось лично знать профессора Агаркова, навсегда запали в душу его прекрасные личные качества: высокая принципиальность в отношениях с людьми, строгая

требовательность по отношению к самому себе. За свой колоссальный вклад в области гражданского права награждён орденом Трудового Красного Знамени и медалью „За доблестный труд". Удивительным фактом является то, что за несколько месяцев до смерти Михаил Михайлович в четвёртый раз вступает в брак с девушкой на тридцать лет моложе себя, но и с ней у Михаила Агаркова не получается создать полноценную семью.

В заключении хотелось бы сказать, что жизнь М.М. Агаркова складывалась отнюдь не самым лучшим образом. На фоне событий, происходящих в стране и мире, трудно было развиваться и уж тем более достигать чего-либо на научном поприще. Обстоятельства личной жизни, обстановка, в которой оказывался учёный, казалось, всё идёт против его планов. Но в силу обладания сильными личностными характеристиками, приобретёнными и развитыми профессиональными качеств, Михаил Агарков смог широкими шагами идти по своему нелёгкому пути. Не только труды Михаила Михайловича, но и сама его биография является предметом для почитания и уважения. Те особенности его личности, которые сопровождали его на протяжении всей жизни, пронизывают его работы, облекая их в специфический научный стиль, присущий только данному автору. Много лет прошло с тех пор как с нами не стало великого научного деятеля – Михаила Михайловича Агаркова, но он навсегда оставил след в истории гражданского права в виде своих работ, который будет интересовать исследователей ещё очень долгое время.

Биографическая аннотация:

студент Юридического института Иркутского государственного университета.

Литература

Елагина, Е. *Агарков Михаил Михайлович – 1944*. http://www.famhist.ru/famhist/elag/00096c6c.htm, (доступ: 20.04.2015).

Казарин, В. (2004). *У истоков высшего юридического образования и науки в Восточной Сибири: профессор Михаил Михайлович Агарков*. Иркутск: Издательство ИГУ.

Казарин, В. (2012). *Юридическое образование в Восточной Сибири (1918–1991)*. Иркутск: Издательство ИГУ.

Халфина, Р. (1978). *Советские юристы – учёные и педагоги*. Москва: Издательство Наука.

Томсинов, В. (1997). *Агарков Михаил Михайлович (1890–1947)*. Москва: Издательство Зерцало.

Michaił Michajłowicz Agarkow – ślad w historii prawa cywilnego

Streszczenie

Artykuł zawiera krótki esej biograficzny o życiu wybitnego rosyjskiego cywilisty – Michaiła Agarkowa. Przedstawiono w nim koleje życia Profesora, od początków jego naukowej działalności aż do rozkwitu jego kariery. W artykule wykorzystano materiały zaczerpnięte z najbardziej znanych prac na temat życia i twórczości uczonego, a także ze wspomnień jego bliskich i uczniów. Celem artykułu jest usystematyzowanie istniejących materiałów oraz możliwie pełne i precyzyjne zaprezentowanie faktów. Jest to ważne z uwagi na fakt, że w istniejących opracowaniach tematu występują liczne rozbieżności. Akcent położono zwłaszcza na życie i twórczość Michaiła Agarkowa w Irkucku, na Irkuckim Uniwersytecie Państwowym (IGU). To właśnie prace tego uczonego przywołują w swoich rozważaniach wybitni współcześni cywiliści.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, Irkuck, uniwersytet.

Научный вклад в российскую цивилистику Агаркова М.М.

Wkład naukowy M.M. Agarkowa w cywilistykę rosyjską

ЮЛИЯ МАНЗУЛА

Резюме

Статья посвящена биографии выдающегося цивилиста – М.М. Агаркова. Автор обсудил жизнь профессора в Иркутске и его деятельность в Иркутском Государственном Университете (ИГУ). Представлены также ключевые работы профессора, в которых он заложил основные принципы советского гражданского права.

Ключевые слова: гражданское право, обязательство, правоспособность.

Особенности научного пути

В период жизни в Иркутске М.М. Агарков опубликовал в первом выпуске *Сборника трудов профессоров и преподавателей Иркутского университета* (Иркутск, 1920) статью *Ценность частного права*, посвященную памяти А.А. Симолина, и в том же году эта статья вышла в свет отдельным изданием.

Необходимо отметить то, что М.М. Агарков был не только доктором юридических наук, профессором, но и „путеводной звездой", основоположником советской науки гражданского права, его труды в данной области права и в настоящее время актуальны и действенны. Про-

фессор в своих научных трудах раскрываетвсю специфику советского гражданского права, через призму экономических и социальных основ, действующих на то время в социалистическом обществе, выявляет и обосновывает использование ряда правовых институтов, конструкций, приемов и средств правового регулирования для решения задач, достижения поставленных целей.

Авторский почерк М.М. Агаркова, так высоко ценившийся его учениками, проявляется в умении изложить большой объем информации в довольно краткой форме, не искажая при этом смысла. Несомненно, каждое слово в статье профессора имеет вес, и в каждом предложении содержится смысл, который другие авторы излагали на нескольких страницах, а то и в целых книгах. Так, самый большой труд *Обязательство по советскому гражданскому праву* – 15,4 листа и вышедшая в 1927 г. книга *Учение о ценных бумагах*. В остальном – это статьи в сборниках и журналах. Однако к творчеству М.М. Агаркова в полной мере относятся слова, сказанные при появлении небольшой книжки стихотворений Тютчева: „Но книга маленькая эта томов премногих тяжелей". Действительно, к работам Михаила Михайловича подходит, может быть, избитое, но точное сравнение с айсбергом: девять десятых материала скрыты „под водой", переработаны, переосмыслены автором. И только одна десятая (а возможно, и меньше) доводится до читателя (Халфина, 1978, с. 95). Вероятно, один из секретов столь долгой жизненности трудов М.М. Агаркова именно в их строгости, завершенности, последовательности, глубокой научной обоснованности. В сжатом, лаконичном изложении читатель найдет так много мыслей и информации, что неизбежно вновь и вновь будет обращаться к небольшим по объему и столь весомым по содержанию работам.

Научные работы

Итак, рассмотрим основные работы профессора Иркутского государственного университета, в которых он заложил основные принципы советского гражданского права.

Право на имя

В 1915 г. выходит в свет первая работа М.М. Агаркова *Право на имя* – статья монографического характера в сборнике, посвященном памяти Г.Ф. Шершеневича. М.М. Агарков первым в отечественной научной

литературе посвятил развёрнутое учение содержанию субъективного гражданского права на имя, понимая под ним средство охраны человеческой индивидуальности и справедливо относя его к личным неимущественным благам. В своем исследовании автор проанализировал зарубежное законодательство Германии, Франции, Швейцарии, в области применения права на имя, также он рассматривает частный случай права на имя (право на псевдоним) и способы защиты права на имя. В своей работе *Право на имя* Михаил Михайлович уже тогда обращает внимание на проблему выделения категории личных прав, и что необходимо включать в данную категорию. Имя определяется как средство индивидуализации граждан, „оно сильнее всего связано с личностью, и перемена его, возможная только при наличности особо важных мотивов, не зависит от произвола его носителя, а должна производиться в особо законом предусмотренном порядке" (Агарков, 2005, с. 136–162.). Уже в этой работе проявились такие характерные для творчества М.М. Агаркова черты, как тонкость юридического анализа, убедительность аргументации, использование огромного фактического материала, лаконизм изложения.

Весом вклад М.М. Агаркова в изучение проблемы личных прав. В своих работах профессор разработал классификацию личных трав, которая и сейчас представляет большой научный и практический интерес теоретиков и практиков юриспруденции. На глубоко научной основе автор обосновал ряд реальных конкретных мер, направленных на охрану прав личности. В частности, задолго до принятия ст. 7 Основ гражданского законодательства он предлагал путем толкования действующего права гарантировать гражданско-правовую охрану чести и достоинства.

Обязательство по советскому гражданскому праву

В своём главном труде, по праву считающемся одним из ярчайших произведений советской цивилистики, *Обязательство по советскому гражданскому праву*, М.М. Агарков всесторонне исследует понятие, элементы (содержание, санкции, структуру, цели), основания возникновения и прекращения одного из центральных „звеньев" гражданского права – обязательства. О.С. Иоффе охарактеризовал данный научный труд как „первое посвященное общим проблемам обязательственного права произведение широкого плана, оставившее заметный след в советской цивилистической доктрине и продолжающее находиться в повседневном научном обиходе как одно из больших достижений

теоретического и прикладного порядка". В работе содержится множество положений и выводов, представляющих интерес для современных исследователей обязательственного права, многие из которых были приняты современным гражданским законодательством. Так, Агарков считал, что субъективное право само по себе может быть объектом правоотношения, аргументируя свой вывод тем, что объектом в гражданском праве необходимо считать то, в отношении чего возможны акты распоряжения.

Несмотря на то, что весь труд *Обязательство по советскому гражданскому праву* пронизан духом той эпохи, уходом от буржуазного к социалистическому, многие тезисы живут и по сей день. Такие как, непосредственная зависимость между основными элементами обязательства и вопросом о системе оснований возникновения обязательств.

Один из основных элементов обязательств – определение обязательства: среди задач определения обязательств автор выделяет необходимость указания на характерные и существенные признаки обязательств, также он ссылается на источники римского права, в которых обязательство обозначалось термином *obligatio*, который включал в себя не только само правоотношение, но и активную и пассивную стороны, различая, однако эти понятия.

Следующий элемент – обязательство как относительное правоотношение, то есть отношение между двумя сторонами, в которых одной принадлежит право требования, а другой – соответствующая этому праву обязанность. Автор отмечает, что вопрос об абсолютных и относительных правах связан с вопросом об объекте права, и на данный счет существует несколько версий: одни исходят из того, что право принадлежащее субъекту (субъективное право) есть господство субъекта над чем-либо, то есть обязательственное право это обеспечение господства над действиями другого субъекта или господством кредитора над имуществом должника; другие считают права всегда только поведение обязанных лиц; Агарков же приходит к выводу, что под объектом права необходимо понимать то, на что направлено поведение обязанного лица, прежде всего вещь.

Третий элемент – это содержание обязательства, включающее в себя требование совершить какое-либо действие или требование воздержаться от совершения определенного действия. Среди видов действий, как наиболее часто и практически существенное содержание, автор выделяет: обязательство передачи должником в собственность кредитору какой-либо вещи, индивидуально определенной либо определенной родовыми признаками, в частности на уплату определенной денежной суммы; обязательство на предоставлением должником в поль-

зование кредитору индивидуально-определенной вещи; обязательство на передачу какого-либо иного вещного права, кроме права собственности, либо на передачу обязательственного права требования; обязательство на совершение какой-либо работы, услуги; обязательство на совершение какой-либо сделки в отношении кредитора.

Четвертый элемент – санкции в обязательстве. Санкции либо непосредственно направлены на получение кредитором в натуре того, что ему причитается по обязательству, либо действуют непосредственно и направлены на возмещение кредитору понесенных им от неисполнения убытков, либо фиксированной законом суммы (законная неустойка, штраф), либо на возмещение убытков, уплату штрафа.

Пятый элемент – структура обязательства: право требования одной стороны и соответствующая ему обязанность другой стороны совершить или воздержаться от определенного действия (это и есть ядро всякого обязательственного правоотношения). Среди усложняющих элементов выделяют: множественность лиц на одной или обеих сторонах, множественность лиц может порождать различные последствия (солидарные и долевые обязательства); зависимость от встречного обязательства между теми же сторонами, в свою очередь, оба обязательства в силу этой обусловленности составляют единое сложное обязательственное правоотношение; кредитору, кроме основного требования по обязательству, могут принадлежать в отношении должника дополнительные требования, непосредственно направленные на достижение того же самого результата, на которое направлено и основное требование; право на получение процентов по денежному обязательству; обеспечение обязательств задатком, неустойкой, поручительством, залогом; обязанность кредитора принять правильно предложенное должником исполнение, а также совершить другие необходимые действия для того, чтобы должник мог исполнить свое обязательство.

И, наконец, шестой элемент – цель в обязательстве. Автор отмечает, что каждое отдельное обязательственное отношение служит цели „реализации и присвоении прибавочной стоимости владельцам средств и орудий производства".

Труды М.М. Агаркова в области обязательственного правапослужили основой, на которой в дальнейшем развивались исследования как общей части, так и отдельных видов обязательств. Профессор считал, что солидарное обязательство, несмотря на множественность субъектов, всегда одно, поэтому с прекращением основания, касающегося предмета обязательства, прекращается и обязательство в отношении всех субъектов. Михаил Михайлович отмечал, что „если третья сторона (кредитор по солидарному обязательству, потерпевший и т.д.) полу-

чила удовлетворение от одного из своих должников, то она в соответствующей части не может уже ничего требовать от других. Другие должники свободны от ответственности перед третьим лицом. Платеж одного из должников освободил других должников". Так же Агарков считал, что содержание гражданско-правовой обязанности складывается из активного и пассивного поведения обязанного лица, которое должно координировать с правомочиями в структуре субъективного гражданского права. Анализ законодательства и практики позволил разработать теорию сложного фактического состава, закрепляющую в качестве основания возникновения обязательств план и договор. Впервые в юридической литературе советского периода так детально было раскрыто взаимодействие плана и договора, показана их роль как инструментов, направленных на достижение целей социалистического общества. Профессор отметил, что на основе плана – административного акта, и договора – гражданско-правового акта, выражающего волю сторон, возникает конкретное обязательство. Также необходимо учитывать, что наличие такого элемента сложного фактического состава, как плановый акт, служит основанием для принятия мер, обеспечивающих исполнение обязательства.

Теория динамической правоспособности

Природа правоспособности и ее соотношение с субъективным правом отражена в теориях правоспособности, существующих в цивилистике. Одна из них, теория динамической правоспособности, была выдвинута М.М. Агарковым, другая, теория статической правоспособности – С.Н. Братусем. Согласно динамической теории содержание правоспособности конкретного субъекта меняется вслед за изменениями его правоотношений с другими лицами, и определяется не только государством, но и теми правами и обязанностями, которыми субъект обладает в данный момент времени. Таким образом, правоспособность зависит не только от признания ее государством, но и от того, какими конкретными правами данное лицо обладает, в каких правоотношениях участвует. М.М. Агарков в рамках данной теории сделал вывод о существовании секундарных прав, обосновав это тем, что не все действия, осуществляемые лицом, являются действиями по осуществлению субъективного права. Например, тот кто направил оферту, ничем не обязан перед ее адресатом, а только связан возможностью получения от него акцепта в установленный срок. Состояние

юридической связанности порождает существенно иное явление, нежели субъективное право – секундарное право. На этой теории в большинстве своем и основывались последующие выводы о том, что правоспособность является субъективным правом.

Правоспособность, по мнению М.М. Агаркова, это право совершать договоры, иные сделки, то есть правоспособность является предпосылкой для тех гражданских правоотношений (субъективных прав и соответствующих им обязанностей), субъектом которых является лицо, в свою очередь, обладающее правоспособностью. В данном случае проф. М.М. Агарков говорит о правоспособности как о способности к совершению сделок вообще. Профессор отрицает лишь то, что наличие правоспособности означает, что ее носитель в любой момент может оказаться субъектом любого гражданского правоотношения. „Неправильно представлять себе правоспособность статистически и думать, что в любой момент лицо может оказаться субъектом любого гражданского правоотношения" – пишет он.

Гражданская процессуальная правосубъектность

Также заслуживают внимания выводы М.М. Агаркова в отношении гражданской процессуальной правосубъектности. Михаил Михайлович отмечал абстрактный характер правосубъектности, а именно то, что правосубъектность есть не что иное, как обобщенная возможность правообладания, которая не может быть представлена в виде набора или комплекса отдельных субъективных прав. Однако не следует представлять правосубъектность и как динамическую категорию, которая постоянно изменяется в зависимости от объема конкретных прав и обязанностей, которыми наделен гражданин. Правосубъектность – это максимально полная, суммарно выраженная возможность правовладения, абстрактный характер, которой как раз и проявляется в ее обобщающей характеристике.

Вина, как основание ответственности

Велика заслуга М.М. Агаркова в обосновании принципа вины, как основания ответственности. Сейчас, когда опубликован ряд работ, специально посвященных этому принципу, развивающих положения, связанные с его применением, трудно себе представить, сколько нужно

было труда, чтобы глубоко и всесторонне обосновать его необходимость, значение для практики правового регулирования, сколько нужно было научной принципиальности и мужества для того, чтобы отстаивать свою точку зрения в условиях, когда принцип вины как основания ответственности был безоговорочно объявлен буржуазным.

Юридический поступок

Следующее нововведение – „юридический поступок", как принято считать, данный термин ввел М.М. Агарковв 1946 г., хотя на существование юридических поступков Михаил Михайлович обратил внимание гораздо раньше, еще в 1927 г. Он понимал под ними некие правомерные юридические действия, влекущие правовые последствия, но, тем не менее, не являющиеся сделками. Такое понимание указанной категории схоже с пониманием ее Ф.К. Савиньи. Вслед за немецкой научной литературой, во многом благодаря изысканиям М.М. Агаркова, на юридические поступки начинают обращать внимание в российской правовой доктрине. Уже во второй половине XX в. понятие юридического поступка получило прочное закрепление в юридической научной и учебной литературе. Многие авторитетные советские и российские ученые исследовали категорию юридических поступков, среди них С.С. Алексеев, О.С. Иоффе, Р.О. Халфина, В.Ф. Яковлев и другие. Труды этих ученых явили собой зарождение теоретических представлений о юридических поступках.

Правомерные действия

Изучая понятие правомерных действий, М.М. Агарков предложил следующую их классификацию. Помимо сделок-действий, направленных на возникновение, изменение или прекращение юридических отношений, профессор выделил юридические поступки – действия, констатирующие определенные факты, имеющие юридическое значение, независимо от того, направлены ли эти действия на те последствия, которые с ними связывает закон; действия, создающие указанные в законе объективированные результаты, имеющие хозяйственное и культурное значение (например, создание литературного, музыкального или художественного произведения и т.д.).

Сделка в гражданском праве

Плодотворной основой дальнейшего развития советской правовой науки послужили и труды М.М. Агаркова по теории сделки. В них раскрыто соотношение воли и волеизъявления, выраженного в сделке, убедительно обосновано, что законность, соответствие действующему праву – необходимый элемент понятия сделки, выявлено место сделки в системе правовых актов, опосредующих имущественные отношения социалистического общества, ее значение в правовом оформлении отношений экономического оборота. Так, доказывается необходимость различения сделки („продукта частной автономии") и административного акта (результата действий носителя властных полномочий). Важно отметить, что автономия для автора предопределяется именно имущественным характером отношений, регулируемых гражданским правом.

Место частного права в общей системе права

В одной из первых своих фундаментальных статей *Ценность частного права* М.М. Агарков определяет предмет частного права, разграничивая его с правом публичным: „Традиционное распределение материала между публичным и частным правом, в общем, соответствует двум видам права, теоретически различным по своему характеру. Частное право есть право лично-свободное, в границах которого субъект может осуществлять его в любом направлении" (Агарков, 1992, с. 26.). Кроме того, он исследует следующий круг вопросов: вопрос о содержании частного права – имел ли место исторический факт рецепции римского права и законодательства XIX в. или же частное право было сформировано под влиянием других внешних факторов, в других границах; вопрос о частном праве, как особом способе регулировании отношений между людьми, и о возможных пределах этого способа; и вопрос о соотношении частного права и социализма – возможно ли нормальное существование и функционирование частного права в социалистическом строе или нет. Рассматривая вопрос о соотношении гражданской свободы и частного права, учёный иронично замечает: „Прежние теоретики были по своему правы, говоря, что собственность обеспечивает свободу личности. Они забывали только добавить, – для тех, которые являются собственниками. Институт права собственности как таковой не обеспечивал индивидуальную свободу в общественном строе, только конкретные правомочия отдельного собственника обеспечивают её последнему" (Агарков, 1992, с. 31).

Вклад в создание учебников

М.М. Агарков принимал активное участие в подготовке учебника по советскому гражданскому праву, изданного в 1938 г. В этом учебнике ему принадлежат главы об объектах права, гражданском правоотношении, обязательствах и т.д. Во втором томе данного учебника имеется небольшое приложение *Источники буржуазного права*, написанное М.М. Агарковым. Поражает то, как удалось автору на нескольких страницах суметь глубоко, ярко, впечатляюще показать особенности основных буржуазных гражданско-правовых систем, историю их становления, экономические основы и национальные особенности. Особенно весом вклад профессора в подготовку фундаментального учебника, изданного в 1944 г. В первом томе Михаилу Михайловичу принадлежит весь раздел обязательственного права. Высокий теоретический уровень учебника в целом, а также названного раздела, огромный материал, преподанный столь сжато и емко, до сих пор могут служить примером того, как должны создаваться учебники.

Подводя итог всему вышесказанному, стоит отметить, что Михаил Михайлович учил глубокому уважению к законности, праву, умению использовать весь тонкий я сложный инструментарий правового регулирования, орудовать не долотом, а ланцетом. Его труды и в наше время являются надежным подспорьем и пищей для ума многих будущих юристов. Как справедливо отмечал сам профессор: „мы ищем и стараемся отделить в настоящем то, что послужит семенем, из которого вырастает новое право, от того, что останется в прошлом, закончив круг своего развития и существования" (Агарков, 1992, с. 26).

Биографическая аннотация:

студентка Юридического института Иркутского государственного университета.

Литература

Агарков, М. (1992). Ценность частного права. *Правоведение*, (1).

Агарков, М. (2005). Право на имя. *Сборник статей по гражданскому и торговому праву. Памяти профессора Габриэля Феликсовича Шершеневича*. Е.А. Суханов (вступ. ст.). Москва: Статут.

Халфина, О. (1978). Михаил Михайлович Агарков, 1890–1947. *Правоведение*, (3).

Wkład naukowy M.M. Agarkowa w cywilistykę rosyjską

Streszczenie

Artykuł poświęcono biografii wybitnego cywilisty – M.M. Agarkowa. Autorka skoncentrowała się na życiu Profesora w Irkucku i jego działalności naukowej na Irkuckim Uniwersytecie Państwowym (IGU). Przedstawiła ponadto najważniejsze dzieła Profesora, w których określił on podstawowe zasady radzieckiego prawa cywilnego.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, zobowiązanie, zdolność prawna.

Научный вклад Черепахина Б.Б. в российское гражданское право

Wkład naukowy B.B. Czerepachina w rosyjskie prawo cywilne

АНАСТАСИЯ ВОРОНЕЦКАЯ

Резюме

В статье рассматривается вклад Черепахина Бориса Борисовича в науку гражданского права. В настоящее время, анализируя работы прошлых лет, мы находим их актуальными и востребованными. Число изданных работ Б.Б. Черепахина невелико. Тем не менее, творческий вклад Б.Б. Черепахина в развитие советской цивилистической науки следует признать значительным. Это следует из того, что исследования Бориса Борисовича вместе с теоретическими работами других советских правоведов повлияли на формирование основных направлений развития правовой науки.

Ключевые слова: гражданское право, исследования, дарение, право собственности, юридические сделки.

1. Биографические сведения

В 1917 г. – Борис Борисович окончил юридический факультет Казанского университета, сдав все экзамены на оценку „весьма удовлетворительно" и получив диплом первой степени. Система оценивания

знаний до 1935 г. была 3-х ступенчатой (весьма удовлетворительно, удовлетворительно, и неудовлетворительно), т.к. она приводила к уравниванию учащихся, поэтому впоследствии от нее отказались. Отсюда и начинается тернистый путь ученого. В этом же году Б.Б. Черепахин избирается профессорским стипендиатом по кафедре гражданского права Казанского, а затем – Томского университета. С 1920 г. начинается преподавательская работа Бориса Борисовича в Иркутске, Перми, Саратове. Некоторое время он занимался юрисконсультской деятельностью, но потом все, же вернулся к преподаванию.

2. Научные работы

Первые свои научные работы Б.Б. Черепахин публикует в 1923 г. (статьи о дарении, о юридической природе векселя). В статье о дарении, Борис Борисович дает очерк дарению по советскому законодательству. Дарение – одна из немногих частноправовых сделок, обративших на себя внимание законодателя еще в эпоху так называемого военного коммунизма.

В Гражданском кодексе, дарению была посвящена единственная статья, которая говорила о дарении только для того, чтобы установить определенную параллель с суммой и нотариальной формой для определения случаев дозволительного дарения. Рассматривая определение дарения, Борис Борисович выделяет отдельные элементы дарения в целях выяснения содержания, а именно 1) договорный характер дарения; 2) безвозмездный характер договора дарения; 3) понятие имущества; 4) понятие уступки.

Договорный характер дарения заключается в сущности своей представляется выражением активности одного лица – дарителя, воля которого притворяет в жизнь данную сделку и, без всякого участия, одаряемого, приводит ее к завершению. Ввиду этого, по моему мнению, следует в данном случае отказаться от фикции договора и заменить чрезвычайно искусственную договорную конструкцию дарения естественной и простой конструкцией дарения как односторонней юридической сделки, именно как односторонне управомочивающего волеизъявления. Здесь должно быть признано одностороннее управомочение, т.е. обоснование правоотношения волеизъявлением пассивного субъекта – дарителя, который актом своей односторонней воли управомочивает одаряемое им лицо, ставя его, таким образом, в положение активного субъекта правоотношения.

Дарение есть сделка о безвозмездной уступке имущества, договор безвозмездный. Безвозмездность является, несомненно, наиболее существенным элементом понятия дарения. Если мы отнимем у данной сделки ее безвозмездность, – она уже ни в коем случае не будет дарением, и потому представляется особенно важной правильная расшифровка этого сложного понятия, возбуждающая бесконечные споры в науке права.

Следует отметить, что безвозмездность не предполагается, а должна быть специально оговорена в законе (относительно определенного вида сделок) или в договоре.

Борис Борисович, рассматривая 3 элемент понятия дарения, дает анализ определения имущества с точки зрения договора дарения. Анализируя статью 87 Гражданского кодекса РСФСР: „Предметом залога может быть всякое имущество, не изъятое из оборота, в том числе долговые требования и право застройки", он делает вывод о том, что под имуществом понимаются не только вещи, но и права (другие, кроме права собственности), и, следовательно, у нас возможна также дарственная уступка определенного права или же освобождение от лежащего на одаряемом долга (прощение долга).

Последний элемент понятия дарения – уступка. Уступка – это переход прав одного лица к другому.

Борис Борисович, говорит о том, что к дарению следует относить не только сделки о распоряжении существующего права на вещь, а также установление вещного права на свою вещь. На основании этого ссуда или беспроцентный займ не считается дарением.

Борис Борисович пишет о том, что в науке нет единства мнений о месте дарения в системе права. Также Борис Борисович уделяет отдельное внимание последовательным дарениям.

В последующие годы выходят его труды, посвященные исковой давности, правовым вопросам железнодорожной перевозки грузов. Особо следует отметить статью *К вопросу о частном и публичном праве*. Данная статья включает в себя положения о значении деления на права на частное и публичное. Такое деление права сохраняет свое значение и интерес и в настоящее время. Однако необходимо правильное определение критерия разграничения этих двух основных типов правового регулирования. Только при этом условии такое разделение будет полезным для правильного понимания права, которое, изменяя содержание, в зависимости от поступательного развития экономики.

Устойчивость формальной стороны в праве при изменяемости его содержания заставляет проводить основные разделения всего правового материала с точки зрения формы, самого способа регулирования

правоотношений, а не с точки зрения их содержания, в частности, не с точки зрения тех конкретных интересов, которые затронуты или преобладают в каждом отдельном отношении. Как мы увидим ниже, это в особенности следует сказать о делении права на частное и публичное.

Борис Борисович, рассматривая вопрос о ценности деления права на частное и публичное, применительно к советскому праву, делает краткий схематический разбор теорий разграничения, вместе с установлением наиболее правильного и целесообразного критерия этого разграничения, а также, он излагает историю данного вопроса. Этот очерк должен обрисовывать только основные течения научной мысли по вопросу о делении права на частное и публичное.

Статья *О первоначальных способах приобретения права собственности*, является особо значимой для науки гражданского права. Под способами приобретения права собственности понимается совокупность юридических фактов, обуславливающих возникновение права собственности для определенного лица. Приобретение права собственности представляет собою установление для приобретателя определенного абсолютно-правового отношения, в котором он является активным субъектом, субъектом права собственности.

Способы приобретения права собственности делятся на первоначальные и производные. В первоначальных – правоприобретатель основывает свое право не на праве предшественника или его непосредственном содействии к приобретению данного права, а на своем собственном действии. Основанием приобретения здесь является односторонний приобретательный акт в том или ином соединении с юридическими событиями. В производных – мы имеем преемство в праве; здесь право приобретателя основывается на праве предшественника.

В фактическом составе некоторых первоначальных способов приобретения права собственности преобладающее значение принадлежит юридическим событиям (приобретательная давность, соединение вещей, например, приобретение по береговому праву, и др.), в то время как в других – первенствующее значение принадлежит юридическому действию – одностороннему волеизъявлению приобретателя (оккупация, находка, клад и др.). На основании этого можно сказать, что общее и единое понятие первоначального способа приобретения собственности обрисовывается преимущественно отрицательной чертой – отсутствием правопреемства.

Черепахин отмечает, что основным элементом фактического состава первоначального приобретения права собственности является односторонний приобретательный акт в том или ином соединении с юридическими событиями. В настоящей статье он рассматривает только те из

них, где юридическое действие приобретателя имеет безусловно преобладающее значение, где, следовательно, правоотношение возникает в результате односторонней юридической сделки.

С конца 1930-х годов Б.Б. Черепахин сосредоточивает внимание на проблематике, связанной с гражданско-правовым регулированием отношении собственности. Защищает докторскую диссертацию *Добросовестное приобретение права собственности от неуправомоченного приобретателя*. Основные положения его диссертации заключаются в следующем: „Юридическая природа и обоснование добросовестного приобретения, права собственности от неуправомоченного отчуждателя".

В конце 1950-х и в 1960-х годах в юридических журналах публикуются статьи Б. Б. Черепахина по отдельным вопросам цивилистики.

Наиболее крупное исследование Б.Б. Черепахина – монография *Правопреемство по советскому гражданскому праву*. Главная идея данной работы: Использование товарно-денежных отношений при расчетах, что приведет к укреплению правосубъектности юридических лиц. Их участие в гражданском обороте укрепит дальнейшее развитие договорных отношений между ними. Устойчивость договорных правоотношений это прежде всего, их относительной независимости от смены контрагента, в том числе при реорганизации предприятий. Эта относительная независимость гражданских правоотношений от контрагента обеспечивается переходом прав и обязанностей к их правопреемникам. Большое значение уделяется преемству в правах и обязанностях (Алексеев и Красавчиков, 1980, с. 59).

В монографии рассматриваются отдельные виды правопреемства при реорганизации юридических лиц, способах приобретения и прекращения права собственности и наследовании.

При решении вопроса о правопреемстве, важно определить какие именно права и обязанности переходят к правопреемнику. При наследовании имеет значение, надлежащее обеспечение интересов правопреемников и кредиторов, т.к. на практике при преобразовании юридического лица этим интересам не всегда уделяется достаточное внимание.

Данное исследование посвящается изучению правопреемства по советскому гражданскому праву. Не раскрываются данные вопросы по другим отраслям советского права, в частности, по государственному, административному праву и международному праву (Суханов, 2001, с. 312).

Число изданныхработ Б.Б. Черепахина невелико. Тем не менее, его творческий вклад в развитие советской цивилистической науки является значительным. Исследования Бориса Борисовича вместе с теорети-

ческими работами других советских правоведов повлияли на формирование основных направлений развития правовой науки. Посвященной Черепахину Б.Б., статье, Алексеев С.С. и Красавчиков О.С. говорят так: „Его научные исследования отличаются филигранной отточенностью, ясностью теоретических конструкций, ювелирным изяществом в разработке специально-юридических проблем. И, надо полагать, что и сами исследования Б.Б. Черепахина, а также проникнутые его видением исследования его сотрудников, способствовали формированию принципиально новой методологической основы специальной правовой культуры" (Алексеев и Красавчиков, 1980, с. 59).

В трудах Б.Б. Черепахина находятся емкие, ценные научные разработки, например, исследование об односторонних сделках. Вопрос об односторонних сделках имеет частный характер. Между тем он имеет и теоретическое и практическое значение. Главное – понимание их юридической природы с точки зрения особенностей метода гражданско-правового регулирования.

Гражданско-правовое регулирование характеризуется тем, что участники имущественных отношений равны. Поэтому типичным является договорный метод согласования воль и интересов участников имущественных отношений. Нередко односторонний акт (сделка) порождает юридические последствия, решение этой непростой проблемы содержится в разработанных Б.Б. Черепахиным положениях об односторонне-управомочивающих и односторонне-обязывающих сделках.

Во-первых, выдвинутые положения об односторонних сделках Б.Б. Черепахин связывал с особенностями метода гражданско-правового регулирования. Позднее он писал, что роль односторонних сделок в юридических составах, обусловливающих гражданско-правовые последствия, связаны со специфическими особенностями свойственного гражданскому праву метода правового регулирования. Именно эти особенности он выдвигал на первый план.

Во-вторых, давая,правовую характеристику односторонних сделок с точки зрения гражданско-правового регулирования имущественных отношений, Б.Б. Черепахин подметил различия между сделками, которые не возлагают обязанностей, и теми, которые обязывают совершить активные действия. Теперь, когда механизм правового регулирования изучен более полно, указанные различия обоснованы, Алексеев С.С. и Красавчиков О.С. высказались о том, чтоони отражают глубинные пласты юридической материи, опосредующие регулятивно-статическую и регулятивно-динамическую функции права.

Помимо названных работ им был создан еще ряд других, актуальность которых сохраняется и в современный период. В частности,

статья, посвященнаяволеобразованию и волеизъявлению юридического лица. Основные положения этой статьи заключаются в следующем: Борис Борисович уделяет внимание проблеме волеобразования и волеизъявления юридического лица в применении к их правомерным и противоправным действиям и актам. Учению о юридическом лице в советской литературе уделялось огромное внимание. Для рассмотрения указанной проблемы Б.Б. Черепахин изучает природу и деятельность человека в юридических лицах.

Все теории о юридических лицах сходятся на признании положения, что участие человека важно, независимо от организационно-правой формы юридического лица. Однако, юридическое лицо осуществляет владение не через весь свой коллектив, а только через тех его участников, которые наделены полномочием использования имущества юридического лица.

Борис Борисович пишет о том, что при изучении деятельности человека в юридическом лице не следует ставить вопрос о том кому в действительности принадлежат права юридического лица. Тем не менее, отвечая, на этот вопрос он говорит,что права принадлежат именно юридическому лицу и не могут принадлежать ни его членам (работникам) ни управляющему органу.

Изучение человеческой деятельности в юридическом лице призывает прежде всего определить действия каждого члена юридического лица, тех, кто действует в интересах юридического лица.

Борис Борисович в последующие годы занимается исследованием вопросов охраны правосубъектности граждан, охраны личных неимущественных прав граждан (право на честь и достоинство, право на собственное изображение и право на частные письма).

Необходимо обратить внимание на устойчивый интерес Бориса Борисовича к проблемам давности по советскому гражданскому праву. В довоенные годы он пишет широко известную в цивилистике статью о приобретательной давности, где обстоятельно анализирует возможности введения в советское гражданское законодательство института приобретения права собственности по давности владения. В конце 50-х годов появляются две его статьи об исковой давности по советскому гражданскому законодательству. В одной из них исследуются спорные вопросы понятия и действия исковой давности, начальный момент течения срока.

Позднее издается его статья об исковой давности по новому советскому гражданскому законодательству. В ней были проанализированы понятие и действие исковой давности по новому законодательству,

сфера ее применения, подчеркивался императивный характер норм (Черепахин, 1940, с. 53).

Данной проблематикой Б.Б. Черепахин занимался до конца своих дней. Свидетельство тому – учебник по гражданскому праву, в котором глава об исковой давности написана Борисом Борисовичем. Учебник вышел в свет, когда автора этой главы уже не стало.

3. Одно из направлений научной деятельности Б.Б. Черепахина

И еще одно направление научной и педагогической деятельности Б.Б. Черепахина – это творческая школа правоведов-цивилистов, сложившаяся в 1940–1950 гг. в Свердловском юридическом институте. Что следует понимать под такой школой? Это оригинальное использования частнонаучных подходов, единство содержания разработок представителей определенной творческой школы, единство в научном толковании материала, в стиле и способах подачи результатов исследования. Но самое существенное – это личность ученого-лидера. Он должен быть не только автором оригинальных и свежих научных взглядов, но и незаурядной и яркой личностью, обладать такими качествами руководителя и человека, которые создавали бы благоприятный, с особым научным настроем творческий климат, одухотворяли бы работу коллектива. Все эти качества присущи Борису Борисовичу Черепахину.

Вовсе не случайно, что все видные ученые, с именами которых мы связываем творческие школы в правоведении, отличались высокими человеческими качествами – подлинной добротой, глубокой человечностью, чуткостью к близким, воспитанностью чувств, способностью разделить мысли и настроения своих коллег и сотрудников. Жизнь и качества ученого и человека Б.Б. Черепахина, влияние его личности на жизнь и творчество его сотрудников и учеников – ярчайшее тому подтверждение.

Для творчества Б.Б. Черепахина характерны не только высокая юридическая культура, отточенность и ясность его выводов и теоретических конструкций, но и научное благородство, уважительное отношение к мнению своих коллег, спокойное и терпимое отношение к взглядам тех авторов, с позицией которых он не был согласен. Учесть все сказанное в литературе по данному вопросу, постараться постигнуть суть идей других авторов, быть сдержанным при выражении собственного мнения, – вот, главные черты творческого почерка Бориса Борисовича.

Биографическая аннотация:

студентка Юридического института Иркутского государственного университета.

Литература

Алексеев, С., Красавчиков, О. (1980). Борис Борисович Черепахин (1894–1969). *Правоведение*, (5), 59–63.

Суханов, Е. (2001). *Труды по гражданскому праву*. Москва: Статут.

Черепахин, Б. (1924). Первоначальные способы приобретения собственности по действующему праву. *Ученые записки Гос. Саратов. ун-та им. Н.Г. Чернышевского (3–31)*. Т. II. Вып. 4. Саратов: Изд-е Правления Саратовского Гос. Ун-та.

Черепахин, Б. (1940). Приобретение права собственности по давности владения. *Советское государство и право,* (4), 53.

Wkład naukowy B.B. Czerepachina w rosyjskie prawo cywilne

Streszczenie

W artykule omówiono wkład Borysa Borysowicza Czerepachina w naukę prawa cywilnego. Mimo że prace B.B. Czerepachina pochodzą z ubiegłego wieku, zachowały one swoją aktualność oraz użyteczność. Liczba opublikowanych prac naukowych B.B. Czerepachina nie jest duża, jednak jego twórczy wkład w rozwój radzieckiej cywilistyki był znaczący. Wynika to z faktu, że badania Borysa Borysowicza Czerepachina wraz z pracami teoretycznymi innych prawników wywarły wpływ na formowanie głównych kierunków rozwoju rosyjskiej nauki prawa.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, badania, darowizna, prawo własności, czynności prawne.

Василий Павлович Доманжо – „отец-основатель" Иркутского университета

Wasilij Pawłowicz Domanżo – „ojciec-założyciel" Irkuckiego Uniwersytetu

ГЛЕБ ДРУЖИНИН

Резюме

Научная статья посвящена первому декану юридического факультета ИГУ В. Доманжо. Рассмотрена его биография: происхождение, жизнь, его научный путь и карьера в сфере юридического образования. В статье дается анализ научной статьи Доманжо В.П.: *Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего гражданского уложения* (1915), дается краткий анализ категории злоупотребления правом. Статья содержала примеры судебных решений, был дан сравнительно-правовой анализ зарубежных законодательств и подходы к решению проблемы злоупотребления правом в странах Германии, Франции, Швейцарии.

Ключевые слова: юридическое образование, правовая школа, злоупотребление правом, правовые акты, судебные решения.

1. Основы иркутской правовой школы в Восточной Сибири

Традиции были и будут основой полноценного развития образования в Российской Федерации. Благодаря университетам (многие из которых были открыты еще во времена Российской Империи) в России

на протяжении многих лет формируется интеллектуальный потенциал. Юридический Институт ИГУ сегодня имеет статус одной из престижных высших школ Восточной Сибири, которая дает классическое юридическое образование, и в определенной мере это заслуга Василия Павловича Доманжо.

Иркутский государственный университет с момента своего открытия 27 октября 1918 г. положил начало становлению высшего юридического образования как элемента вузовской образовательной системы в Восточной Сибири.

Как писал в своей работе профессор В.Н. Казарин одним из „отцов-основателей" Иркутского государственного университета был Василий Павлович Доманжо. Он же был первым постоянным деканом юридического факультета Иркутского университета после двух недель исполнения этих обязанностей М.М. Агарковым (Казарин и Лякутина, 2012).

2. Биография Василия Павловича Доманжо

Доманжо Василий Павлович родился 29 апреля 1881 года в селе Константиновка Пензенской губернии. Учился в Казанской гимназии, которую окончил в 1900 году. В 1904 году окончил юридический факультет Казанского университета с дипломом 1-й степени, серебряной и золотой медалями за сочинения по административному и римскому праву (Кузнецов и Щербаков, 1998). Возможно, с этого времени Василий Павлович уже решил для себя, что будет преподавать римское право.

Мало что известно о жизни этого поистине великого человека. В 2011 году в газете *Аргументы и факты* была опубликована статья *Дорога к предкам*, в которой журналист вела беседу с внучкой Доманжо – Валерией Юрьевной Либе. В статье указывалось, что Василий Павлович был незаконнорожденным. В графе „отец" имел прочерк, а матерью его была швейцарскоподданная девица Анна Доманжо Имел швейцарский паспорт. Знал 11 языков, обладал блестящей эрудицией, ораторским искусством (http://www.irk.aif.ru/culture/person/79367, доступ: 21.10.2014). Будучи достаточно способным человеком с огромными возможностями он все же выбирает сферу юриспруденции, в которой желает себя реализовать.

Как один из лучших выпускников был оставлен в университете, как тогда говорили, „для приготовления к профессорскому званию по кафедре римского права Казанского университета". С 1909 по 1917 года приват-доцент – (от лат. *privatus* – частный, и *docere* – учить) лицо, получившее право читать лекции в университете и готовящееся к званию

профессора. В толковом словаре Павленковой Ф. означает – допущенный, по своей ученой степени, к чтению лекций в университете, но не имеющий еще профессорского звания (Павленкова, 1907).

В 1907–1917 гг. преподавал законоведение в первой Казанской гимназии, которую ранее окончил. Курс законоведения предполагал собой изучение и уяснение студентами таких правовых понятий и категорий как элементы, функции, формы государства, социальные нормы, право, источники права, процесс образования закона, его применение и его толкование, юридическое отношение, деление права (Ефимов, 1917). По своей сути курс представлял современную юридическую дисциплину теорию государства и права. В 1909–1910 гг. – читает экстраординарный курс гражданского права прибалтийских губерний. Так же в эти годы (1915–1917) являлся старшим ассистентом кафедры римского права Казанского университета.

3. Научные труды Доманжо В.П.

Василий Павлович, являлся одним из молодых ученых-цивилистов своего времени, написал немало работ, которые в основном были напечатаны в ранние годы его научного пути (1914–1919). Многие свои работы он написал в период пребывания в Казанском университете. В.П. Доманжо, как упоминалось в современной литературе, „снискал себе славу и нашему университету своими достижениями в исследовании римского права".

Среди основных работ Василия Павловича можно назвать: *Ответственность за вред, причиненные путем злоупотребления правом* (1914––1915); *Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего гражданского уложения* (1915); *К вопросу о вексельной давности* (1916); *История римского права. Лекции* (1919) (Казарин и Лякутина, 2012).

Во многом Василий Павлович Доманжо известен своими работами гражданско-правового характера. На сегодняшний день в научной сфере очень актуальна проблема злоупотребления гражданскими правами (шикана). Проблемы злоупотребления правом на научном уровне в той или иной мере касались такие ученые-цивилисты, как В.П. Доманжо, И.А. Покровский, К. Анненков, Г.Ф. Шершеневич, В.И. Синайский, Ю.С. Гомбаров, И.И. Петражицкий и многие другие. Наиболее известная работа Доманжо является статья в области злоупотребления правом: *Ответственность за вред, причиненные путем злоупотребления правом*, которая является одной из фундаментальных.

Многие авторы в своих работах ссылаются на статью В.П. Доманжо: Т.С. Яценко, С.Д. Радченко, М.В. Ибрагимова, О.А. Поротикова (Поротикова, 2008), В.А. Волков (Волков, 2009). Изучение такой категории как „злоупотребление правом" следует начинать с периода римского права. В римском праве в большинстве случаев действовал принцип: *qui iure suo utitur neminem laedit* – никого не обижает тот, кто пользуется своим правом. Данное суждение логично, право как таковое имеет основной целью – цель созидательную. Но не стоит доводить пользование правом до абсурда. Потому в римском праве существовал многозначительная оговорка: *summum ius – summa iniuria*, доведенное в своем формальном смысле до абсурда право не является уже таковым. Это совершенно справедливо, так как важнее знать не букву закона, а дух закона, его содержание и значение. Важным моментом является то, что римское право устанавливало запрет на пользование правом исключительно во вред интересам других лиц и по предписанию закона некоторые права должны осуществляться по возможности с осмотрительностью таким образом, чтобы не навредить правам третьим лиц. Не зря Василий Павлович отмечал, что принцип безграничной свободы пользования собственностью „всегда вызывал особенно острые и болезненные осложнения".

Следует отметить, что „злоупотребление правом" возникает в результате двух причин. Первая причина – наличие принципа „свободы договора". Этот принцип можно трактовать достаточно широко. Закрепление этого принципа в гражданском законодательстве означает возложение на субъектов гражданского права возможность самим регулировать свои отношения (в рамках закона).

В общем смысле злоупотребление правом является гражданским правонарушением, под которым понимается несоблюдение лицами их юридической обязанности (не выходить за пределы осуществления гражданских прав), установленной в статье 10 ГК РФ, как общей нормы права. Следует добавить, что нарушение конкретных норм права при злоупотреблении происходит только в тех случаях, когда в них содержатся формы злоупотребления правом. Но в большинстве случаев, по существу, происходит нарушение только норм-принципов, норм-гарантий, т.е. крайне абстрактных норм права. Все нормы-правила в системе права становятся лишь средством для злоупотребления правом, и нет смысла говорить об их нарушении, поскольку формально нарушений не видно.

В.П. Грибанов, О.С. Иоффе отмечали, что „противоправность злоупотребления правом заключается в нарушении норм права либо общих правовых принципов (общих начал и смысла гражданского

права), а также в несоблюдении лицом юридических обязанностей независимо от того, вытекают ли они из запретов, предписаний или дозволений" (Иоффе и Грибанов, 1964, с. 77).

На сегодняшний день в теории выделяют несколько точек зрения на природу правовой категории „злоупотребление правом". Проблему злоупотребления правом к единственному понятию шиканы, по существу, сводит и Т.С. Яценко: „Учитывая все вышеизложенное, под шиканой можно понимать действия управомоченного субъекта по реализации принадлежащего ему права, осуществляемые как исключительно с намерением причинить вред другому лицу, так и с намерением причинения вреда, а также достижения иной цели. При этом цель причинения вреда может рассматриваться правонарушителем как основная либо как вспомогательная, позволяющая достичь иные цели (например, добиться согласия соседа на приобретения его участка и т.п.)" (Яценко, 2003, с. 101).

В.П. Грибанов пишет в этой связи, что злоупотребление правом имеет место только тогда, „когда управомоченный субъект, действуя в границах принадлежащего ему субъективного права, в рамках тех возможностей, которые составляют содержание данного права, использует такие формы его реализации, которые выходят за установленные законом пределы осуществления права". По мнению ученого, определяются в гражданском законодательстве: субъектными границами (определяемыми рамками дееспособности); временными границами (определяемыми сроками осуществления права); требованием осуществлять субъективные права в соответствии с их назначением; регламентацией способов осуществления права, предоставленными лицу средствами принудительного осуществления или защиты принадлежащего ему субъективного права (необходимая оборона и т.п.).

Нарушение указанных пределов осуществления субъективного гражданского права и есть, по мнению В.П. Грибанова, злоупотребление правом. Однако, как указывает автор, не всякое несоблюдение пределов осуществления субъективного права может быть признано злоупотреблением. Необходимо прежде всего, чтобы право использовалось „во зло". Применительно к гражданскому праву последнее, по замечанию В.П. Грибанова, выражается в особом характере поведения управомоченного лица, осуществляющего свое право. Объективный момент такого поведения заключается в установлении соответствия поведения лица „тому, которое предписано законом и находит выражение в понятиях правомерного или противоправного поведения" (Грибанов, 1991, с. 34). Субъективный момент поведения состоит в осознании управомоченным лицом своего поведения, находящим выражение в принципе вины.

В.И. Емельянов сформулировал определение понятия „злоупотребление гражданским правом" следующим образом: „Злоупотреблением субъективным гражданским правом является нарушение управомоченным лицом установленной законом или договором обязанности осуществлять субъективное гражданское право в интересах другого лица в непредвидимых условиях" (Емельянов, 2002, с. 56). В качестве средства злоупотребления он видит использование любых субъективных гражданских прав, как обязательственных, так и вещных. Сам же термин „злоупотребление гражданскими правами" автор предлагает использовать исключительно в науке гражданского права и к тому же через призму „описательно-результативных целевых прав", которые должны осуществляться для достижения и предоставления кредитору определенного результата. Эти права, по мнению ученого, представляют собой модель поведения, достаточно четко очерченную и „равную" модели конкретной обязанности. Для проверки правомерности осуществления таких прав нет необходимости обращаться к цели обязательства, надо лишь сравнить действия субъекта с моделью „права-обязанности" – делает вывод В.И. Емельянов. Назначение права автор предлагает раскрывать через общие принципы права, такие как справедливость, гуманизм, равенство сторон, свобода, договор и т.п.

О.А. Поротикова проблему злоупотребления правом предлагает рассматривать в контексте специальных пределов осуществления гражданских прав, к которым относятся:

а) необходимость действовать добросовестно и разумно;

б) назначение права;

в) средства и способы правоосуществления.

Сами же пределы правоосуществления определяются автором как „отраслевая разновидность общеправовых сдерживающих стимулов поведенческой активности, призванных оказывать внешнее упорядочивающее воздействие на мотивацию, способы и характер использования заложенных в содержании субъективного гражданского права возможностей" (Поротикова, 2008).

В общем смысле злоупотребление правом является гражданским правонарушением, под которым понимается несоблюдение лицами их юридической обязанности (не выходить за пределы осуществления гражданских прав), установленной в статье 10 ГК РФ, как общей нормы права. Следует добавить, что нарушение конкретных норм права при злоупотреблении происходит только в тех случаях, когда в них содержатся формы злоупотребления правом. Но в большинстве случаев, по существу, происходит нарушение только норм-принципов, норм-гарантий, т.е. крайне абстрактных норм права. Все низшие нормы

в системе права становятся лишь средством для злоупотребления правом, и нет смысла говорить об их нарушении, поскольку формально на „нижнем этаже" гражданского права нарушений не видно, а выявляются и квалифицируются они только через системные нормы.

Таким образом, к основным гражданско-правовым характеристикам шиканы можно отнести:

а) злоупотребление правом – это юридический акт правопользования, правореализации, правоосуществления, характеризующийся признаками гражданского правонарушения;
б) злоупотребление правом – это проявление системного сбоя норм в гражданском праве, который тем не менее предупреждается и удаляется другими системными средствами права (например статья 10 ГК РФ);
в) носитель права нарушает содержащуюся в его субъективном гражданском праве единственную обязанность – добросовестно использовать свое субъективное право; он не признает и не уважает права других участников правоотношений, проявляя прямой умысел;
г) при злоупотреблении правом субъекты права находятся в состоянии правоотношений, в которых нарушитель свою незаконную цель оправдывает с помощью внешне законного средства – наделение его гражданским правом (либо правомочия);
д) умысел нарушителя направлен на внутреннюю сущность права – создание средствами права неравенства, а не на конкретный имущественный ущерб. Материальный вред в этой связи не является обязательным признаком злоупотребления правом;
е) в ситуации злоупотребления правом применение специальных норм, четко и понятно регулирующих злоупотребительное поведение, невозможно. В этом случае работает только норма-принцип, т.е. статья 10 ГК РФ, а специальная норма (чаще всего являющаяся средством злоупотребления) не в состоянии своим содержанием справиться с возникшей проблемой;
ж) средством злоупотребления может быть не только гражданское право, но и гражданско-правовая обязанность, всегда содержащая в себе определенные возможности (правомочия) для обязанного субъекта.

Возвращаясь к статье, необходимо указать, что в ней освещались правила, созданные Сенатом. В соответствии с ними закреплялось, что общежитие немыслимо без права соседства, без обязанностей соседий-собственников взаимно поступаться неограниченностью своего обладания.

Статья содержала примеры судебных решений, был дан сравнительно-правовой анализ зарубежных законодательств и подходы к решению проблемы злоупотребления правом в странах Германии, Франции, Швейцарии. В.П. Доманжо раскрывает сущность злоупотребления, комментируя параграфы Прусского кодекса, обращает внимание на то, что „злоупотребление правом заключается в ненормальном, не соответствующем его социальному назначению пользовании предоставляемой им властью. При наличии собственного интереса управомоченный волен извлекать из своего права все выгоды, нисколько не считаясь с интересами окружающих: как бы ни была ничтожна та выгода, которой он домогается, и как бы ни был велик в сравнении с нею тот ущерб третьих лиц, ценою которого эта выгода покупается, управомоченный может настаивать на ней, не неся никакой ответственности" (Волков, 2009).

Подводя итог своей работы, Василий Павлович отмечал, что в соответствующей теоретической конструкции до сих пор еще много спорного и неясного, но они, несомненно, опираются на практические жизненные потребности и отвечают изменившимся взглядам на правовую природу шиканы. Определения германского кодекса о шикане и действиях, противных добрым нравам оборота, сыграли очевидную роль в истории развития отмеченных течений. Весьма прискорбным являлось то, что проект Гражданского Уложения проигнорировал положения германского кодекса.

4. Работа в Иркутском Государственном Университете

Василий Павлович успел побывать и в Пермском университете профессором кафедры гражданского права с 1917 по 1918 года. Для будущего декана юридического факультета преподавание в университете являлось хорошо опытом. На наш взгляд для 37-летнего Василия Павловича это было хорошей психологической подготовкой, а потому в 1918 году он без боязни возглавил юридический факультет Иркутского университета.

Иркутский университет был торжественно открыт 27 октября 1918 г., газета *Сибирь* сообщила, что 13 августа 1918 г. министр народного просвещения Сибирского временного правительства подписал устав Иркутского университета. Архивные данные подтверждают, что именно 14 августа был подписан приказ Министерства народного просвещения

Омского правительства об организации двух факультетов Иркутского университета: юридического и историко-филологического.

Первым исполнявшим обязанность декана юридического факультета в течение двух недель был М.М. Агарков. Но первым избранным деканом стал профессор Василий Павлович Доманжо, магистрант римского права, профессор Пермского университета. В 1919 году Василий Павлович написал свою работу (упомянутую выше) *История римского права. Лекции* (1919). Свои лекции профессор Доманжо построил по следующим периодам: образования национального римского права, развития римского права, кодификации. Профессор также читал курс лекций по таким учебным дисциплинам как развитие права, ответственность из деликтов, гражданское право.

Гражданская война в России позволила полностью раскрыться Доманжо В.П., как административному управленцу. В это тяжелое время преподаватели юридического факультета стали инициаторами создания Юридического общества при университете. Заметную лепту внес Доманжо В.П., разработав проект устава общества. В декабре 1918 г. проект был утвержден Советом университета. На организационном собрании в феврале 1919 г. избрали президиум, председатель которого и стал декан В.П. Доманжо. После падения режима Колчака „новые власти" хотели закрыть университет как порождение старого порядка. Но во многом благодаря усилиям В.П. Доманжо университет выжил. Так, на заседании Иркутского губернского революционного комитета было принято решение в срочном порядке отпустить кредиты на нужды университета.

После образования факультета общественных наук (ФОНа) в июне 1921 г. количество преподаваемых социальных дисциплин увеличилось. В Университете преподавался курс истории социализма, курс исторического материализма – наука о наиболее общих законах и движущих силах развития человеческого общества; органическая часть марксистско-ленинской философии, неотделимая от диалектического материализма и распространяющая его принципы на область истории. Оба эти курса и читал профессор В.П. Доманжо.

Преподаватели юридического факультета выполняли большой объем учебно-педагогической, научной, административной и общественной работы не только в университете, но и на городском и губернском уровне. Декан факультета В.П. Доманжо возглавлял Юридическое общество, заведовал кабинетом цивилистики, был заместителем председателя философско-педагогического общества и членом университетского Попечительского совета, читал несколько курсов лекций

и проводил практические занятия (общая нагрузка составляла 22 часа в неделю). Василий Павлович Доманжо скончался от тяжелой болезни 9 сентября 1922 г. в Иркутске. Отпевание состоялось 12 сентября.

Таким образом, рассмотрев жизненный путь и научную деятельность первого постоянного декана юридического факультета, перед нами предстает человек в двух разных ракурсов. Во-первых, это один из виднейших ученых своего времени, вписавший себя в одну строку с не менее известными российскими цивилистами прошлого века. Необходимо подчеркнуть, что Василий Павлович был противником ответственности за злоупотребления правами и возражал против выявления прямого умысла у субъекта и цели в нем, при осуществлении им своего права. На практике это было почти невозможно и, следовательно, это могло привести к огромному количеству коллизий. Во-вторых, это волевой человек, с прекрасной эрудицией, который запомнился как успешный административный управляющий, сумевший вывести правовую школу в Восточной Сибири на новый уровень развития и заложивший традиции, которые по сей день чтят все студенты и преподаватели юридического института Иркутского государственного университета.

Биографическая аннотация:

студент Юридического института Иркутского государственного университета.

Литература

Волков, В. (2009). *Злоупотребление гражданскими правами. Проблемы теории и практики*. Москва: Волтерс Клувер.

Грибанов, В. (1992). *Пределы осуществления и защиты гражданских прав.* Москва: Рос.право.

Емельянов, В. (2002). *Разумность, добросовестность, незлоупотребление гражданскими правами*. Москва: Лекс-Книга.

Ефимов, Е. (1917). *Элементарные понятия о государстве и праве. Курс законоведения для школы и самообразования*. Москва: Тип. Т-ва "ЗАДРУГА".

Иоффе, О., Грибанов, В. (1964). Пределы осуществления субъективных гражданских прав. *Советское государство и право*, (7), 77.

Казарин, В., Лякутина, Ю. (2012). *Юридическое образование в Восточной Сибири (1918–1991 гг.)*. Иркутск: Изд-во ИГУ.

Кузнецов, С., Щербаков, Н. (1998). *Иркутский государственный университет: ректоры, профессора, деканы (1918–1998)*. Иркутск: Изд-во ИГУ.

Павленкова, Ф. (1907). *Словарь иностранных слов*. Санкт-Петербург: [б/и].

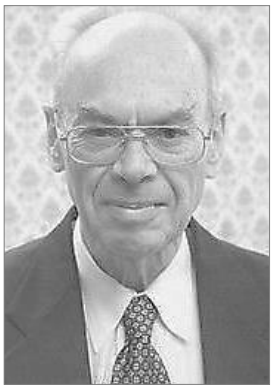
Поротикова, О. (2008). *Проблема злоупотребления субъективным гражданским правом*. Москва: Волтерс Клувер.

Wasilij Pawłowicz Domanżo – „ojciec-założyciel" Irkuckiego Uniwersytetu

Streszczenie

Artykuł poświęcono pierwszemu dziekanowi Wydziału Prawa Irkuckiego Uniwersytetu Państwowego – W.P. Domanżo. Przedstawiono w nim jego biografię: pochodzenie, życie, drogę edukacji oraz karierę naukową, a także poddano analizie publikację W.P. Domanżo: *Problem odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną w związku z wykonywaniem prawa według projektu naszego kodeksu cywilnego* (1915), ze szczególnym uwzględnieniem kategorii nadużycia prawa. Ponadto wskazano przykłady orzeczeń sądowych, zagranicznych aktów prawnych oraz poglądów doktryny dotyczących problematyki nadużycia prawa na gruncie niemieckim, francuskim i szwajcarskim.

Słowa kluczowe: wykształcenie prawnicze, szkoła prawa, nadużycie prawa, akty normatywne, orzecznictwo.



Юриспруденция – моя профессия, призвание и жизнь (вклад Дозорцева В.А. в развитие российской цивилистической мысли)

Prawoznawstwo – moja profesja, powołanie i życie (wkład W.A. Dozorciewa w rozwój rosyjskiej myśli cywilistycznej)

АРУТЮН САРКИСЯН

Резюме

Виктор Абрамович Дозорцев был одним из выдающихся цивилистов современности, обладавшим такими неоценимыми для ученого-первооткрывателя качествами, как универсализм и широта научного подхода к изучаемым феноменам. Своим друзьям он всегда говорил о том, что для него в юридической науке нет неинтересных тем: в рамках своей научной деятельности он занимался такими вопросами как право собственности, субъекты гражданского права, имущественная ответственность, жилищное право, доверительное управление и многое другое. Безусловно, ядром научного наследия В.А. Дозорцева стала основная проблематика правового регулирования в сфере исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. В рамках настоящего исследования мы обратимся к биографии цивилиста, а также проведем общий анализ его научных взглядов, посвященных проблемам исключительных прав.

Ключевые слова: исключительные права, интеллектуальная деятельность, результат, средство индивидуализации.

1. Биография

Виктор Абрамович Дозорцев родился 26 июня 1928 года в Москве в семье юриста. Его отец – Абрам Владимирович Дозорцев был увлеченным юристом, умело сочетавшим научную и практическую деятельность (Дозорцев, 1997д, с. 3–6).

С малых лет В. А. Дозорцеву прививали вкус к юриспруденции и, в особенности, к цивилистике: он рассказывал, как его отец – его первый учитель – приходил с работы и говорил: „Сегодня в арбитраже слушалось дело. Вот факты. Как бы ты решил спор?". И Дозорцев-младший, еще не зная законов, интуитивно, основываясь на детском „здравом смысле", пытался разрешить спор.

После окончания школы Дозорцев В. А. пошел по стопам отца и поступил в Московский государственный институт международных отношений Министерства иностранных дел СССР (МГИМО). Его манила лестная перспектива стать одновременно юристом и дипломатом. МГИМО дал Виктору Абрамовичу великолепное гуманитарное образование, его учителями были профессор В.Н. Дурденевский, академики Е.В. Тарле, и, наконец, Е.А. Флейшиц – первая в Российской Империи женщина-адвокат и первая в СССР женщина – доктор юридических наук, воспитанница И.А. Покровского и М.Я. Пергамента (Дозорцев, 1997д, с. 3–6).

Как рассказывал сам Виктор Абрамович, его курс был особенным: половина студентов пришла прямо с фронта, а другая (в том числе и сам юный Дозорцев) – прямо со школьной скамьи. Несмотря на большую разницу в возрасте, жизненном опыте, знаниях и мировоззрении всех объединяло оно: стремление учиться и восстановить разрушенную после ужасной и кровопролитной войны страну (Дозорцев, 1997д, с. 3–6).

После окончания МГИМО, как вспоминал В.А. Дозорцев, он колебался в выборе сферы профессиональной деятельности, что получило отражение в его литературных работах. Так, с 1953 по 1954 гг. на страницах *Комсомольской правды*, а также в издательстве *Московский рабочий* были опубликованы несколько фельетонов Виктора Абрамовича на актуальные темы международной политики: о гонке вооружений (Дозорцев, 1953а, с. 4), военном бюджете (Дозорцев, 1953б, с. 4), нищете трудящихся в США (Дозорцев, 1953в, с. 4), правде об американской конституции (Дозорцев, 1952, с. 4) и пр. Эти работы, написанные сочным, ярким языком с очевидностью свидетельствовали о том, что в лице Виктора Абрамовича для журналистики был потерян искусный международник-публицист. Вместе с тем, Дозорцев часто пользовался искусством фельетонов и острым пером даже после того, когда за его

плечами были десятки монографий и сотни статей. Достаточно упомянуть названия его статей, которые широко упоминались в прессе 80–90 годов: „Поможет ли поэту милиционер? (Дозорцев, 1997б, с. 12–16), „Не мытьем, так Фолкнером" (Дозорцев, 1997г, с. 12; Дозорцев, 1997в, с. 21), „Фемида без весов" (Дозорцев, 1989), „Может ли парламент сделать мужчину женщиной" (Дозорцев, 1993, с. 13), „Осторожно, директор в законе" (Дозорцев, 2001в, с. 101–111), „В трех соснах" (Дозорцев, 2003а, с. 44–49), где среди серьезных научных доводов нет-нет да и сверкнет остроумный фельетонный прием, используемый для емкой и точной характеристики взглядов его научных оппонентов (*Актуальные вопросы российского частного права*, 2008, с. 2–5).

Виктору Абрамовичу не удалось стать карьерным дипломатом, поэтому после окончания МГИМО он поступил в аспирантуру Всесоюзного института юридических наук при Министерстве Юстиции СССР (ВИЮН) – одном из мощнейших исследовательских центров того времени в области цивилистики, где было собрана целая команда виднейших ученых – созвездие блестящих специалистов, которого не было не только в стране, но и в мире (*Актуальные вопросы российского частного права*, 2008, с. 2–5): в Секторе работали Д.М. Генкин, Н.Б. Братусь, И.Б. Новицкий, Л.А. Лунц, Е.А. Флейшиц – этот коллектив обеспечивал настоящую преемственность поколений. Аспирантов научили тому, что свобода ученого-юриста – это, в первую очередь, большая ответственность, к которой необходимо быть готовым и которая не каждому по плечу, наука же должна доставлять непередаваемое удовольствие, в противном случае, ею не имеет смысла заниматься (Дозорцев, 1997д, с. 5–6).

Тогда же Дозорцев В.А. осознал, что одним из существенных аспектов профессионализма и спецификой российской правовой школы являлась широта подхода к правовым феноменам. Действительно, в зарубежных правопорядках господствует мода на специализацию: В. Дозорцев иронизировал, что „есть специалисты по правому уху, а есть по левому" (Дозорцев, 2003в, с. 2–7), сам же Виктор Абрамович занимался самыми разными институтами российского, иностранного и международного права, поскольку считал, что ощущение различий в правовых системах, а также скрупулезный сравнительно-правовой анализ является чрезвычайно важным инструментом познания правовой материи, особенно, в век глобализации и усиления международных связей (Дозорцев, 1958, с. 23, 26–28).

В.А. Дозорцев до конца 50-х работал в ВИЮНе, в 70–80-ых, а также в середине 90-ых , затем в научно-исследовательском институте Комитета по делам изобретений и открытий (1960–1966), преподавал в Мос-

ковском государственном историко-архивном институте (1966–1983), Институте повышения квалификации руководящих работников и специалистов Минрадиопрома (1969–1971), Московской высшей школе милиции и Академии МВД (1976–1983), Московском институте управления (1989–1992). В начале 90-ых он пришел в Исследовательский центр частного права и провел там более десяти насыщенных лет, вдохновленный научным творчеством, работой со своими великими учениками и серьезными законопроектами (*Актуальные вопросы российского частного права*, 2008, с. 4–8).

Наконец, в 1999 году В.А. Дозорцев был утвержден в качестве члена Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства, в работе которого он принимал активное участие. При этом, как писали его современники, так и он неоднократно отмечал, что членство в Совете по кодификации не является для него очередной „регалией", к которым он относился достаточно скептически (*Актуальные вопросы российского частного права*, 2008, с. 4–8).

Виктор Абрамович выступал практически на каждом заседании, настаивая на высочайшем уровне и профессиональных требований к гражданскому законодательству, но и подготовил большое количество заключений по различным вопросам, например, по проектам, связанным с изменением правового режима права хозяйственного ведения и оперативного управления (ст. 295, 299 ГК РФ).

2. Законотворческая и научная деятельность

Если говорить о законотворческой деятельности В.А. Дозорцева, то он работал не только над проектом Гражданского кодекса Российской Федерации, но и трудился еще над Основами гражданского законодательства СССР и союзных республик 1961 г., Основами жилищного законодательства 1981 г., Жилищного кодекса РСФСР 1983 г., принимал активное участие в составлении ряда томов Свода действующего законодательства СССР и Систематического собрания действующего законодательства РСФСР 1976–1977 гг. Именно поэтому солидный опыт Виктора Абрамовича был так важен при кодификации гражданского законодательства в 90-е годы прошлого столетия.

Кроме этого, В.А. Дозорцев также был арбитром Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, а также был членом Московской коллегии адвокатов.

Виктор Абрамович, по словам современников, обладал такими неоценимыми для ученого-первооткрывателя качествами, как универсализм и широта научного подхода к изучаемым феноменам. Своим друзьям он всегда говорил о том, что для него в юридической науке нет неинтересных тем: в рамках своей научной деятельности он занимался такими вопросами как система гражданского законодательства[1], правовой статус юридических лиц (прежде всего государственных предприятий и хозяйственных органов)(*Экономическая энциклопедия*, 1964, с. 876–877; *Экономическая энциклопедия*, 1965, с. 139–140, 559, 608, 951–952), право собственности, ценные бумаги, ответственность за неисполнение обязательств (Дозорцев, 1972, с. 93–100; 1973, с. 118–135; 1976, с. 153–164), общие положения о договорах, договор поставки, договор найма жилого помещения[2], договоры подряда, договор на выполнение научно-исследовательских и опытно-конструкторских работ, договор доверительного управления имуществом (Об „правлении имуществом" как новом правовом институте, Закон о доверительном управлении имуществом: Проект, Москва: Исследовательский центр частного права, Российское движение демократических реформ, 1993, с. 1–10).

Кандидатская диссертация Виктора Абрамовича была посвящена исследованию имущественных прав государственного промышленного предприятия (*Права государственного промышленного предприятия на*

---

[1] Понятие, принципы и система советского гражданского права (гл. 1); Гражданское правоотношение (гл. 3); Авторское право (гл. 38); Право на открытие (гл. 39); Изобретательское право (гл. 40) (Брагинский, Дозорцев и Клейн, 1983, с. 3–15, 29–40, 359–367, 367–369, 369–379).

[2] Конституционное право советских граждан на жилище. Жилищные права и обязанности советских граждан (гл. 2), Договор найма жилого помещения в домах государственного и общественного жилищного фонда (гл. 9), Расторжение договора найма жилого помещения в домах государственного и общественного жилищного фонда (гл. 14) (Дозорцев, Литовкин и Пергамент, 1986, с. 11–14, 60–69, 93–100); Охранение жилого помещения за временно отсутствующими гражданами (ст. 60), Порядок признания лица утратившим право пользования жилым помещением (ст. 61), Обмен жилыми помещениями (ст. 67), Обмен жилого помещения при отсутствии согласия членов семьи (ст. 68), Обмен жилых помещений в домах предприятий, учреждений, организаций (ст. 69), Обмен жилой площади членом семьи нанимателя (ст. 70), Оформление обмена жилых помещений (ст. 71), Порядок обмена жилых помещений (ст. 72), Условия, при которых обмен жилого помещения не допускается (ст. 73), Признание обмена жилыми помещениями недействительным (ст. 74), Право нанимателя на предоставление ему жилого помещения меньшего размера взамен занимаемого (ст. 75), Расторжение договора найма жилого помещения (ст. 89), Выселение из жилых помещений (ст. 90), Выселение с предоставлением гражданам другого благоустроенного жилого помещения (ст. 91) (Гетман, Дозорцев и Жуйков, 1991, с. 196–209, 210–211, 222–224, 224–226, 226, 226–228, 228–230, 230–231, 231–237, 238–239, 239–241, 257–262, 262–265, 266–267).

закрепленное за ним имущество, Москва, 1955), а докторская – проблемам изобретательского права (*Правовые проблемы экономического стимулирования изобретательства и законодательство о научно-техническом прогрессе*, Москва, 1969), которым он настолько увлекся, что стал одним из авторитетнейших специалистов в области исключительных прав. Из-под его пера вышло более 300 научных работ, среди которых около 25 это монографии, статьи и рецензии, комментарии и переводы.

Безусловно, ядром научного наследия В.А. Дозорцева стала основная проблематика правового регулирования в сфере исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Первая статья Виктора Абрамовича по вопросам исключительных прав была опубликована в 1958 году (Дозорцев, 1958, с. 23, 26–28). С тех пор в течение почти полувека он посвятил себя всецело данной теме, которая нередко вытесняла исследования по другим проблемным вопросам гражданского права. Однако, интерес В.А. Дозорцева к проблематике исключительных прав усилился во времена перестройки (Дозорцев, 1996г, с. 20; 1996а, с. 1186–1193), когда экономика нашего государства вставала на рыночные рельсы: он был убежден в необходимости создания общих положений, посвященных регулированию исключительных прав (Тенденции развития российского гражданского права при переходе к рыночной экономике, Международная научно-практическая конференция „Гражданское законодательство Российской Федерации: состояние, проблемы, перспективы": Концепция гражданского законодательства Российской Федерации и тезисы докладов, Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ; Высший Арбитражный Суд РФ, Москва, 1994. с. 17–24).

В.А. Дозорцев опираясь на труды классиков цивилистической мысли (в частности, Г.Ф. Шершеневича) сформулировал общее понятие исключительного права как особой разновидности абсолютных прав, в рамках которых управомоченному лицу противостоит неопределенный круг лиц. Сравнивая исключительные права с таким классическим абсолютным правом, как право собственности, он наглядно демонстрировал их различия. Например, в качестве ключевых параметров разграничения Виктор Абрамович называл: характер входящих в абсолютное право правомочий, способ приобретения права, способ защиты права и пр.[3] (*Популярный юридический энциклопедический словарь*, 2000,

[3] Абсолютные права, Авторское право, Вещное право, Виндикация, Владение, Государственная собственность, Доверительная собственность, Имущество, Патентное прао, Пользование, Распоряжение, Товарный знак.

с. 5, 11–14, 98–99, 108–109, 109–110, 167–168, 225–226, 284–285, 488–490, 526–527, 616–618, 714–715).

В результате системного анализа В.А. Дозорцев делал справедливый, на наш взгляд, вывод о том, что исключительные права, будучи разновидностью абсолютных, тем не менее, обладают существенной спецификой: поскольку право собственности обслуживает вещи, постольку исключительное право выполняет аналогичные функции применительно к нематериальным объектам. Именно поэтому он возражал против использования при структурировании нормативного материала, а также в рамках доктринальных изысканий такой категории как „интеллектуальная собственность", которая, по его мнению, была неточной и исторически не свойственной российскому правопорядку (см. *Популярный юридический энциклопедический словарь*, 2000; Дозорцев, 1985, с. 101).

Виктор Абрамович также немалое время уделил разработке системы исключительных прав, объединившей известные на тот момент результаты интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации юридического лица, товаров, работ, услуг (Дозорцев, 2003в, с. 359). Он также выявил ряд сущностных вопросов, которые было необходимо разрешить в рамках общегражданского законодательства, а также разработал и усовершенствовал различные походы к включению данных вопросов в будущий ГК РФ (т.н. исчерпывающая, полносистемная и усеченная схемы) (Дозорцев, 1996д, с. 23–28; 1996е, с. 36–37, 39–43).

На основании данной системы он сформулировал общие черты, присущие исключительным правам: возникновение на основании прямого указания закона в тех случаях, когда определенный вид творчества и его результатов получает правовую охрану – юридическую защиту со стороны государства. В противном случае, такой результат может быть использован всеми, причем свободно и без каких-либо ограничений (нет необходимости получать согласие правообладателя, уплачивать ему какие-либо платежи и пр.) (*Актуальные вопросы российского частного права*, 2008, с. 149–176).

Исключительное право, по мнению В.А. Дозорцева, является плодом, результатом осмысленной творческой деятельности человека. В качестве особой черты, характерной только для исключительных прав и ослабляющей их абсолютный характер, выступает, по мнению ученого, особая система ограничений таких прав, направленных на достижение баланса интересов правообладателей, пользователей, государства и общества в целом. Он относил к таким признакам: ограниченный срок действия исключительных прав, их территориальный

характер, ограниченный перечень случаев свободного (то есть без необходимости получения согласия правообладателя и без выплаты какого-либо дополнительного вознаграждения) использования конкретных нематериальных благ, в отношении которых правообладатель имеет исключительные права (*Актуальные вопросы российского частного права*, 2008, с. 149–176).

В.А. Дозорцев также предлагал свое понимание содержания исключительных прав, которое, по его мнению, состоит только из двух правомочий (Дозорцев, 1980, с. 124–143): использования и распоряжения, поскольку правомочие владения еще со времен римского права возможно только в отношении телесных вещей (*res corporales*). Именно эти правомочия составляют ядро понятия исключительных прав, предусмотренных в п. 1 ст. 1229 ГК РФ.

Так, право использования заключает в том, что у правообладателя имеется юридически обеспеченная возможность любым способом, не противоречащим закону, извлекать полезные свойства из результата интеллектуальной деятельности или из средства индивидуализации. Право же распоряжения состоит в том, что правообладатель вправе разрешить третьему лицу использовать тем или иным способом объект исключительных прав, при этом такому лицу может быть передан как весь комплекс прав за счет уступки прав или же возможность использовать права в ограниченных пределах (например, по лицензии).

Поскольку для исключительных прав характерны основные черты прав абсолютных, постольку, и это подчеркивал В.А. Дозорцев, исключительному праву всегда корреспондирует обязанность неопределенного круга лиц (любого и каждого) воздержаться от действий, препятствующих в осуществлении правообладателем правомочий по использованию и распоряжению. Как следствие, излишне упоминание в некоторых законах и международных конвенциях о правомочии правообладателя запрещать использование объекта исключительных прав.

В отношении ряда объектов исследователь констатировал ослабление свойства абсолютности, в частности, применительно к коллективным товарным знакам, ноу-хау и наименованию места происхождения объекта. Правовой режим таких объектов, по мнению ученого, отличается вытекающей из закона множественностью субъектов-правообладателей, что отнюдь не свойственно абсолютному праву. Вместе с тем, исключительны характер таких прав сохраняется, поскольку они закрепляются только за лицами, указанными в законе и только на основаниях, установленных законом. Более того, они противопоставлены неопределенному кругу лиц и предоставляют защиту право-

обладателя от любого нарушения, поэтому В.А. Дозорцев их именовал „квазиабсолютными" и рассматривал в качестве ступени эволюции феномена исключительных прав под влиянием научно-технической революции и развития и дальнейшего усложнения общественных отношений (Дозорцев, 2001а, с. 105–119; 2001б, с. 99–113).

У Виктора Абрамовича не вызывало сомнений, что исключительное право является правом имущественным. Возражая своим научным оппонентам, он неоднократно указывал, что необходимо принципиально разграничивать личные неимущественные права авторов, обладающих свойствами неотчуждаемости и непередаваемости, и исключительное право, первоначально возникающее у автора, но способное, в отличие от первой категории, к обособлению от личности автора. И поэтому Виктор Абрамович указывал, что личные неимущественные права не входят в объем понятия исключительного права.

Однако, подобная характеристика нисколько не умаляет значения личных неимущественных прав, поскольку они предназначены для обеспечения личных и социальных интересов автора.

В.А. Дозорцев указывал, что личные неимущественные права являются самостоятельной и обособленной разновидностью абсолютных прав, объем и содержание которых шире, чем объем и содержание исключительных прав. Вместе с тем, он подчеркивал особую природу таких прав (*sui generis*) и их специфическое место в системе гражданского права.

Виктор Абрамович предложил ввести в научное словоупотребление новый термин: „интеллектуальные права (Дозорцев, 2003в, с. 52–56), которые, на его взгляд, удачно отражали специфическую черту нематериального объекта правового регулирования. Интеллектуальные права обнимают собой как исключительные права, так и личные неимущественные права авторов, поэтому они являются универсальным понятием для препарируемой сферы правоотношений. Этот термин был закреплен в ст. 1226 ГК РФ.

Перечень таких примеров можно продолжать бесконечно. Мы обратим внимание на то, что В.А. Дозорцев неоднократно акцентировал внимание на возникновении новой особой группы многослойных объектов (Дозорцев, 2000а, с. 84–99; 2000б, с. 62–73) (фильмы, например), в отношении которых возникал новый вид прав – „продюсерские права" (Дозорцев, 2003в, с. 19–20, 40–41, 153). Именно В.А. Дозорцев предложил имплементировать в ГК РФ специальное правило о подобных объектах (ст. 1240 ГК РФ) (Дозорцев, 1995, с. 32).

Помимо вышеуказанных нами общих вопросов, В.А. Дозорцев немало внимания и времени посвятил частным институтам интеллек-

туальных прав. Так, он разработал свою классификацию исключительных прав по критерию основания возникновения:

- Созидательская система (характеризует авторские и смежные права);
- Регистрационная система (применительно к патентным правам, товарным знакам, и пр.);
- Система конфиденциальности (ноу-хау);
- Система общеизвестности (общеизвестные товарные знаки) (Дозорцев, 1996в, с. 68–88; 1996б, с. 63–75).

Виктор Абрамович также обосновывал дифференциацию исключительных прав на первоначальные и производные, что позволило обосновать тезис о том, что у автора как создателя творческого результата во всех случаях сохраняется первоначальное исключительное право на данный результат.

Отдельное внимание цивилист уделил вопросу о т.н. „казенных" и „служебных" произведениях, которые он не раз затрагивал в ряде своих работ и в дискуссиях с коллегами. В.А. Дозорцев справедливо полагал, что необходимо найти определенный справедливый баланс интересов авторов-творцов, работодателей – исполнителей, а также их заказчиков (и, в первую очередь, публичного субъекта – государства) (*Трудовое право: Энциклопедический словарь*, 1963, с. 66–68, 141–142, 336–337)[4]. Он уделил много времени разработке и усовершенствованию системы правоотношений (Дозорцев, 2002б, с. 89–100; 2002а, с. 77–89; 2003б, с. 90–109) между указанными субъектами, стремясь найти точный и лаконичный алгоритм взаимодействия для целей обеспечения баланса ценностей (Дозорцев, 1964, с. 13, 26). Предложенная ученым схема диспозитивного закрепления прав на данные результаты за автором или за работодателей с установлением ограничений в пользу лиц, которые правом не наделяются (Дозорцев, 2003в, с. 94–98), была положена в основу матрицы ст. 1295, 1320, 1370, 1461, 1470 ГК РФ.

Перечень работ В.А. Дозорцева посвящены принципиально новым для нашего Гражданского кодекса объектам исключительных прав, которые получили правовую защиту (Дозорцев, 1998б, с. 4–17; 1998а, с. 9–27): ноу-хау („секрет промысла" по терминологии Виктора Абрамовича; 2001б, с. 99–113; 2001а, с. 105–119), программы для ЭВМ и базы данных. Также цивилист предлагал разработать особый правовой режим об исключительных правах на информацию (продукты информации) (Дозорцев, 1997а, с. 2–11).

---

[4] Вознаграждения за изобретения и рационализаторские предложения; Изобретатели и рационализаторы (трудовые права); Поощрения за содействие внедрению изобретений и рационализаторских предложений.

Все вышесказанное однозначно указывает на то, что В.А. Дозорцев должен считаться одним из полноправных разработчиков, авторов проекта части четвертой Гражданского кодекса. Более того, апробированные им подходы будут еще использоваться, на наш взгляд, в рамках реформы гражданского законодательства.

Биографическая аннотация:

студент Юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

Литература

Актуальные вопросы российского частного права: Сборник статей, посвященный 80-летию со дня рождения профессора В.А. Дозорцева. (2008). Е. Павлова, О. Шилохвост (ред.). Москва: Статут, 2008.

Брагинский, М., Дозорцев, В., Клейн, Н., и др. (1983). *Советское гражданское право: Учебник*. О. Садиков (ред.). Москва: Юридическая литература.

Гетман, Е., Дозорцев, В., Жуйков, В., и др. (1991). *Жилищное законодательство. Комментарий*. В. Яковлев, П. Седугин (ред.). Москва: Юридическая литература.

Дозорцев, В. (2003а). В трех соснах... О возможности распоряжаться чужими правами. *Хозяйство и право*, (1).

Дозорцев, В. (2003б). Творческий результат: Система правообладателей. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, (1).

Дозорцев, В. (2003в). *Интеллектуальные права: Понятие. Система, Задачи кодификации*. Москва: Статут.

Дозорцев, В. (2002а). Творческий результст: Система правообладателей. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, (12).

Дозорцев, В. (2002б). Творческий результат: Система правообладателей. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, (11).

Дозорцев, В. (2001а). Понятие секрета промысла (ноу-хау). (2001). *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, (8).

Дозорцев, В. (2001б). Понятие секрета промысла (ноу-хау). *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, (7).

Дозорцев, В. (2001в). Осторожно: директор в законе. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, (6).

Дозорцев, В. (2000а). Право на фильм как сложное многослойное произведение. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, (4).

Дозорцев, В. (2000б). Право на фильм как сложное многослойное произведение. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, (3).

Дозорцев, В. (1998а). О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов. *Законодательство и экономика*, (8).

Дозорцев, В. (1998б). О мерах по развитию рынка интеллектуальных продуктов. *Законодательство и экономика*, (7).

Дозорцев, В. (1997а). Система правового регулирования товарных информационных отношений. *Научно-техническая информация. Серия 1. Организация и методика информационной работы*, (9).

Дозорцев, В. (1997б). Поможет ли поэту милиционер? *Юридический мир*, (9).

Дозорцев, В. (1997в). Без юридических оснований: В США грозят применить санкции к России за нарушение авторских прав. *Книжное обозрение*, (25).

Дозорцев, В. (1997г). Не мытьем, так Фолкнером. *Российская газета*, 14 июня, ведомственное приложение „Бизнес в России".

Дозорцев, В. (1997д). Юриспруденция – моя профессия, призвание и жизнь. *Юридический мир*, (2).

Дозорцев, В. (1996а). An der Schwelle einer neuen Etappe: Zur Frage der Systematisierung, Kodifizierung und Klassifizierung der Rechte an Ergebnissen geistiger Tätigkeit. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil*, Vol. 45, (12).

Дозорцев, В. (1996б). Problems of Intellectual Property: From Detached Legal Acts to a System of Exclusive Legal Rights. *Science and Technology Legislation in Russia*. *Centre pour la cooperation avec les economies en transition*. Paris: Organisation for economic cooperation and development.

Дозорцев, В. (1996в). Проблемы интеллектуальной собственности: от разобщенности к системе исключительных прав. *Законодательство в научно-технической сфере в Российской Федерации и в странах Организации экономического содействия и развития (ОЭСР)*. Париж: Организация экономического сотрудничества и развития.

Дозорцев, В. (1996г). На пороге нового этапа: развитие законодательства о правах на результаты интеллектуальной деятельности. *Экономика и жизнь. Ваш партнер*, (40).

Дозорцев, В. (1996д). Комментарий к схеме „Система исключительных прав". *Дело и право*, (5).

Дозорцев, В. (1996е). Комментарий к схеме „Система исключительных прав". *Дело и право*, (4).

Дозорцев, В. (1995). Новая эра в охране исключительных прав. Система права и система законодательства. *Право и экономика*, (15–16).

Дозорцев, В. (1993). Может ли Парламент сделать мужчину женщиной? *Общая газета*, (8/10).

Дозорцев, В. (1989). Фемида без весов. *Социалистическая индустрия*, 31 января.

Дозорцев, В., Литовкин, В., Пергамент, А., и др. (1986). *Советское жилищное законодательство: Учебник для средних специальных учебных заведений*. П. Седугин (ред.). Москва: Юридическая литература.

Дозорцев, В. (1985). *Авторские дела в суде: Научно-практический комментарий*. Москва: ВНИИСЗ.

Дозорцев, В. (1980). Авторские правомочия. *Проблемы современного авторского права: Межвузовский сборник научных трудов*. М. Богуславский, О. Красавчиков (ред.). Свердловск: Издательство Свердловского юридического института.

Дозорцев, В. (1976). Ответственность за ненадлежащее исполнение обязательства при реорганизации предприятия. *Комментарий арбитражной практики*. Е. Анисимов (ред.). Вып. 9. Москва: Юридическая литература.

Дозорцев, В. (1973). Имущественная ответственность юридического лица. *Ученые записки*. Вып. 28. Москва: ВНИИСЗ.

Дозорцев, В. (1972). Имущественная ответственность в условиях социалистической экономики. *Плановое хозяйство*, (3).

Дозорцев, В. (1964). За что платить изобретателю. *Изобретатель и рационализатор*, (8).
Дозорцев, В. (1958). О некоторых чертах современного патентного права США. *Изобретательство в СССР*, (2).
Дозорцев, В. (1953а). Последствия гонки вооружений: Кризисные явления в экономике США. *Комсомольская правда*, (306).
Дозорцев, В. (1953б). В тисках военного бюджета. *Комсомольская правда*, (191).
Дозорцев, В. (1953в). Обнищание трудящихся в США. *Комсомольская правда*, (78).
Дозорцев, В. (1952). На словах и на деле: правда об американской конституции. *Комсомольская правда*, (287).
Популярный юридический энциклопедический словарь. (2000). О. Кутафин, В. Туманов, И. Шмаров (ред.). Москва: Большая российская энциклопедия.
Трудовое право: Энциклопедический словарь. (1963). А. Денисов (ред.). 2-е изд. Москва: Советская энциклопедия.
Экономическая энциклопедия. Промышленность и строительство. (1964). А. Ефимов (ред.), т. 2. Москва: Большая советская энциклопедия.
Экономическая энциклопедия. Промышленность и строительство. (1965). А. Ефимов (ред.), т. 3. Москва: Большая советская энциклопедия.

Prawoznawstwo – moja profesja, powołanie i życie (wkład W.A. Dozorciewa w rozwój rosyjskiej myśli cywilistycznej)

Streszczenie

Wiktor Abramowicz Dozorciew był jednym z wybitnych współczesnych cywilistów rosyjskich, obdarzonym takimi nieocenionymi dla uczonego-pioniera cechami jak uniwersalność w podejściu do problemu oraz szerokość horyzontów przy badaniu wybranych zjawisk. Zwykł mawiać swoim przyjaciołom, że w naukach prawnych nie ma dla niego tematów nieciekawych: w ramach swojej działalności naukowej zajmował się m.in. problematyką prawa własności, podmiotów prawa cywilnego, odpowiedzialności majątkowej, prawa mieszkaniowego, zarządu powierniczego. Niewątpliwie sedno spuścizny naukowej W.A. Dozorciewa stanowi podstawowa problematyka regulacji prawnych w obszarze praw wyłącznych do rezultatów działalności intelektualnej i środków indywidualizacji. W ramach niniejszego artykułu omówiono biografię cywilisty oraz przedstawiono ogólny zarys jego poglądów naukowych w przedmiocie praw wyłącznych.

Słowa kluczowe: wyłączne prawa, działalność intelektualna, rezultat, środek indywidualizacji.

Profesor Józef Górski – wybitny prawnik, organizator, nauczyciel, uczony

Professor Józef Górski – eminent lawyer, organizer, teacher, scholar

JACEK NAPIERAŁA

Streszczenie

Józef Górski urodził się 16 lutego 1904 roku. Lata młodości spędził w Drugiej Rzeczypospolitej, zdobywając wyższe wykształcenie i tytuły akademickie oraz doświadczenie zawodowe w Prokuratorii Generalnej. Jego dojrzały wiek przypadł na okres Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej. Profesor Górski wychował całe pokolenie prawników, w tym wielu cenionych profesorów prawa. Pod jego kierunkiem zostało napisanych ponad 1200 prac magisterskich i dyplomowych. Był znakomitym znawcą prawa prywatnego, w szczególności prawa handlowego. Prawo prywatne traktował jako główny instrument regulacji stosunków gospodarczych. Należał do zwolenników zasady jedności prawa cywilnego. W czasach gospodarki planowej niestrudzenie bronił umowy jako najlepszego instrumentu kojarzenia interesów wszystkich uczestników obrotu. Po wojnie czynnie uczestniczył w odbudowie Akademii Handlowej w Poznaniu. Dwukrotnie był rektorem tej uczelni, a w 1976 r. został jej doktorem *honoris causa*. Na Wydziale Prawa i Administracji UAM od 1962 r. aż do przejścia na emeryturę pełnił funkcję kierownika Katedry Prawa Gospodarczego. Za swoją działalność otrzymał wiele wyróżnień, w tym Krzyż Oficerski i Krzyż Komandorski Orderu *Polonia Restituta*, Złoty Krzyż Zasługi, Medal Komisji Edukacji Narodowej. Zmarł 5 lutego 1983 r.

Słowa kluczowe: uczony, nauczyciel, prawo prywatne, umowa, prawo morskie.

1. Wstęp

Pierwsze moje spotkanie z profesorem Józefem Górskim miało miejsce wiosną 1974 r., zaraz po ukończeniu studiów prawniczych. Jako kandydat na asystenta stażystę stanąłem przed obliczem Profesora – pełniącego wówczas funkcję kierownika Katedry Prawa Gospodarczego – aby odbyć rozmowę kwalifikacyjną. Wyraził On wówczas nadzieję, że zostanie godnie zastąpiony, ponieważ właśnie przechodzi na emeryturę i od października zwolni się etat.

Przez następne dziewięć lat poznawałem prof. Górskiego bliżej przede wszystkim jako uczestnik licznych „posiedzeń" w Klubie Profesorskim. Pamiętam, jak przy herbacie z cytryną potrafił godzinami dzielić się z nami przeżyciami z lat młodości, komentarzami dotyczącymi życia Wydziału, spostrzeżeniami na tematy ogólne oraz swymi bieżącymi, pełnymi humoru przygodami. Wymagał tylko jednego: aktywnego słuchania. Pamiętam także, jak w swych opowieściach bardzo często nawiązywał do martwych wówczas instytucji prawa handlowego, takich jak weksle, czeki, obligacje czy spółki. Mieliśmy okazję uczestniczenia w niepowtarzalnych seminariach klubowych prowadzonych przez wybitnego znawcę przedmiotu, który prawo handlowe przed wojną nie tylko wykładał, lecz także stosował w praktyce.

Profesorowi poświęciłem pracę wydaną w ramach serii wydawniczej „*Magistri Nostri*. Profesorowie Wydziału Prawa Poznańskiego Uniwersytetu" redagowanej przez A. Gulczyńskiego (Napierała, 2009)[1]. Podjęcie próby charakterystyki barwnej postaci prof. Górskiego nie byłoby możliwe bez przytoczenia choćby niektórych z wielu krążących o Nim anegdot, które na szczęście zostały upamiętnione przez prof. Jana Sandorskiego w tomiku zatytułowanym *Nie deptać prawników* (Sandorski, 2007). To nie jest przypadkowe, że anegdotom o Józefie Górskim autor tego poczytnego zbioru poświęcił najwięcej stron. Jednak podstawowym źródłem informacji o Profesorze jest Jego pasjonujący pamiętnik *Wspomnienia z minionych lat* (Górski, 2000) który, niestety, za Jego życia nie został opublikowany. To trudne dzisiaj do zrozumienia działanie cenzora można traktować jako wymowne uzupełnienie kart *Wspomnień*, jako ilustrację nieprzyjaznego dla świata nauki klimatu *minionych lat*, w których Profesor spędził prawie połowę swego życia.

2. Lata międzywojenne

Józef Górski urodził się 16 lutego 1904 r. w Śnietni koło Szymanowic, położonych w dolnym biegu Prosny, która wyznaczała wówczas granicę między

[1] Fragmenty tej książki zawarte są w niniejszym opracowaniu.

niemieckim i rosyjskim zaborcą, a zarazem granicę dwóch światów, dwóch cywilizacji. Nic dziwnego, że dostrzegano to w wielu rodzinach polskich, bowiem – jak wspomina w swym pamiętniku Władysław Górski, brat Józefa – była to „granica widoczna gołym okiem, jak nożem uciął. Car-Batiuszka dbał nie tylko o utrzymanie bezdroży na pograniczu swego imperium, lecz także o utrzymanie ciemnoty wśród poddanych. Im narodek ciemniejszy, tym bardziej uległy" (Górski, 1998, s. 7). Droga Józefa Górskiego do zaszczytów uniwersyteckich nie była łatwa; możliwość dobrego startu w dorosłe życie zawdzięcza ojcu, który zadbał o wykształcenie swych dzieci[2].

W latach 1923–1927 Józef Górski odbył studia na Wydziale Prawno-Ekonomicznym Uniwersytetu Poznańskiego. Na czwartym roku studiów prof. Alfred Ohanowicz złożył Mu propozycję pełnienia funkcji asystenta. Propozycję asystentury J. Górski przyjął bez wahania, traktując ją nie tylko jako wielce pochlebną, ale także stwarzającą poważne życiowe szanse (Górski, 2000, s. 56–57). Po ukończeniu studiów – z polecenia prof. Ohanowicza – rozpoczął w 1927 r. płatną aplikację w Prokuratorii Generalnej RP. Po egzaminie aplikacyjnym (1931 r.) pracował w Prokuratorii w charakterze referendarza i radcy. Od pierwszych dni pracy Józef Górski poznał gruntownie zawiłości prawa wekslowego i czekowego. Sam przyznawał po latach, że prawo wekslowe i czekowe weszło mu w krew, a przy okazji pracy w kancelarii adwokackiej miał do czynienia dosłownie z tysiącami spraw wekslowych wynikłych z niewypłacalności dłużników w okresie wielkiego kryzysu z lat 1929–1932 (Górski, 2000, s. 97)[3]. W gestii wydziału, w którym pracował, leżały także sprawy dotyczące likwidacji mienia niemieckiego, sprawy rolne oraz sprawy morskie związane z budową portu w Gdyni. Najistotniejsze znaczenie miały jednak wówczas sprawy związane z wykonywaniem postanowień traktatu wersalskiego oraz polskich ustaw z lipca 1920 r. mających na celu usunięcie skutków działalności germanizacyjnej na odzyskanej części ziem polskich. Józef Górski w swym pamiętniku z dumą podkreślał: „Należę do nielicznych już osób, które ze sprawami tymi miały bezpośrednio do czynienia. W szczególności jako urzędnik Prokuratorii Generalnej uczestniczyłem w podejmowaniu kroków prawnych zmierzających do odrobienia szkód spowodowanych pruską działalnością germanizacyjną" (Górski, 2000, s. 104). W Prokuratorii Generalnej zdobył także pozycję eksperta w dziedzinie prawa morskiego, ponieważ przedwojenny Oddział Pro-

---

[2] „W przeciwieństwie do pracowitych, ale pozbawionych jakichś wyższych horyzontów dziadków, trzymających się tradycyjnych i zacofanych metod gospodarowania i dbających jedynie o jakie takie związanie końca z końcem, Ojciec mój był – jak na czas i warunki w jakich żył – człowiekiem postępowym, żądnym wiedzy i ciekawym świata" (Górski, 2000, s. 3).

[3] Gdzie J. Górski stwierdza: „Stałem się niezłym ekspertem w tej dziedzinie".

kuratorii Generalnej w Poznaniu obejmował swoją właściwością terytorialną obszar zarówno województwa poznańskiego, jak i pomorskiego.

Pracę w Prokuratorii Józef Górski dzielił z powodzeniem z innymi zajęciami. Pełnił równocześnie funkcję młodszego asystenta na Wydziale Prawno-Ekonomicznym oraz – po „scedowaniu" tych zajęć przez prof. A. Ohanowicza (Radwański, 2006, s. 21; Górski, 2000, s. 93) – wykładowcy na Wydziale Rolno-Leśnym Uniwersytetu Poznańskiego (1931–1939) i w Wyższej Szkole Handlowej (1934–1939). W godzinach popołudniowych pracował także w kancelarii adwokackiej, z czego jednak zrezygnował po przyjęciu funkcji likwidatora *Deutsche Mittelstandskasse* (1932–1937), spółki bankowej wspierającej w czasie zaborów działalność pruskiej Komisji Kolonizacyjnej. Rozwikłanie z korzyścią dla państwa zagmatwanej pod względem prawnym sprawy tej instytucji J. Górski traktował jako jeden ze swych sukcesów życiowych, sprawdzian uzdolnień prawno-ekonomicznych i okazję do zdobycia cennych doświadczeń (Górski, 2000, s. 108). W 1933 r. podjął się także pełnienia funkcji komisarza Banku Gospodarstwa Krajowego jako prezes rady nadzorczej spółki akcyjnej Krotoszyn-Przysieka. Nowe wyzwanie potraktował jako interesującą przygodę i jako sposobność sprawdzenia swej zdolności do kierowania sprawami gospodarczymi (Górski, 2000, s. 119). Okazało się, że rozliczne funkcje sprawowane do wybuchu wojny nie przeszkodziły Mu w napisaniu i opublikowaniu artykułów oraz monografii, w tym pracy doktorskiej i pracy habilitacyjnej.

Za sprawą prof. Ohanowicza latem 1928 r. J. Górski otrzymał 10-miesięczne stypendium we Francji, z czego skorzystał, biorąc bezpłatny urlop w Prokuratorii Generalnej oraz rezygnując ze stanowiska asystenta przy Seminarium Cywilistycznym i z innych dochodowych zajęć. W 1929 roku Józef Górski wrócił z Francji z rękopisem pracy doktorskiej pt. *Umowa wydawnicza na podstawie polskiej ustawy z 29 marca 1926 o prawie autorskiem*[4]. W ocenie prof. A. Ohanowicza „Wykazuje ona niezwykłą pracowitość, sumienne zaznajomienie się z odnośną literaturą i judykaturą zwłaszcza francuską i umiejętne jej zużytkowanie, dalej wybitną zdolność autora wynajdywania i stawiania problemów i niecofania się przed rozwiązaniem zagadnień nawet najbardziej skomplikowanych. Stanowi ona bardzo pożyteczny przyczynek dla polskiego piśmiennictwa prawniczego" (Ohanowicz, 1938, s. 3).

W 1932 r. J. Górski otrzymał z Funduszu Kultury Narodowej przy Radzie Ministrów stypendium na trzymiesięczny wyjazd do Niemiec w celu

---

[4] Praca ta pt. *Umowa wydawnicza według polskiej ustawy z 29 marca 1926 o prawie autorskiem,* została opublikowana nakładem Poznańskiego Towarzystwa Przyjaciół Nauk w 1932 r.

przygotowania pracy habilitacyjnej. Pobyt w Berlinie wykorzystał na weryfikację głównych tez swej pracy pt. *Przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań*. We wstępie swej monografii podkreśla, iż jej celem jest odpowiedź na pytanie: „czy strony, które podjęły rokowania, mające na celu przygotowanie i zawarcie umowy, łączy jakiś specjalny stosunek prawny, jaki jest charakter prawny tego stosunku, czy i jakie wynikają z niego obowiązki stron, czy i jakie roszczenia mogą powstać kontrahentom wobec siebie w związku ze szkodami poniesionymi z okazji rokowań, i to zarówno wówczas gdy umowa doszła do skutku, jak i wówczas, gdy strony na skutek rozbicia się rokowań umowy nie zawarły, a wreszcie jaki charakter prawny mają tego rodzaju roszczenia odszkodowawcze i według jakich zasad należy je rozstrzygać" (Górski, 1938, s. 6–7). Monografią *Przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań* ugruntował swą pozycję naukową. Praca jest znana, czytana i cytowana przez cywilistów do dziś[5].

Od 1931 r. J. Górski prowadził wykłady z prawa cywilnego na Wydziale Rolniczo-Leśnym Uniwersytetu Poznańskiego. W 1934 r. zaangażowany został jako zastępca profesora w Wyższej Szkole Handlowej, gdzie prowadził wykłady z prawa cywilnego, handlowego i wekslowego. W roku akademickim 1935–1936 brał czynny udział w opracowaniu statutu Fundacji Wyższej Szkoły Handlowej, właściciela Wyższej Szkoły Handlowej, od 10 listopada 1938 r. Akademii Handlowej w Poznaniu.

Z dniem 1 września 1938 r. został powołany na stanowisko profesora nadzwyczajnego i kierownika katedry w tej właśnie uczelni. Utrzymanie odpowiedniego statusu materialnego oraz prawną stabilność gwarantowała Profesorowi szczegółowa umowa. Powierzono mu także pełnienie funkcji zastępcy rektora (funkcję tę sprawował prof. Witold Skalski) i prorektora (dr Jan Wiertelak) na wypadek ich równoczesnej nieobecności (Górski, 2000, s. 145). Na Wydziale Prawno-Ekonomicznym Uniwersytetu Poznańskiego zachował w tym czasie nadal status asystenta-wolontariusza (Krasowski, 2006, s. 97; Górski, 2000, s. 147).

W roku 1939 J. Górski skończył 35 lat. Był człowiekiem pełnego sukcesu, dzieląc od kilku lat swe radości i troski z małżonką Celiną. Został profesorem i mógł oddać się w pełni pracy naukowej i dydaktycznej w Wyższej Szkole Handlowej i Uniwersytecie Poznańskim, wykorzystując zarazem cenne doświadczenie nabyte w ciągu wielu lat pracy w Prokuratorii Generalnej oraz przy pełnieniu różnych funkcji w życiu gospodarczym. Zdobył wysoką pozycję i zaufanie w środowisku prawniczym. Często występował w roli arbitra i superarbitra w sporach majątkowych (ostatni spór przed wojną rozstrzygał jako arbiter w czerwcu 1939 r.). W upalnym lecie 1939 r.

---

[5] Tytułem przykładu: Radwański, 2002, s. 322.

odbył podróż morską do Belgii. Miał powody, by przedwojenny ostatni rok akademicki zaliczyć „do najpomyślniejszych w całym okresie dwudziestolecia międzywojennego" (Górski, 2000, s. 147). Ale jesień 1939 roku to dla Polski i Polaków początek wielkiej tragedii, której skutki dotkliwie odczuwają następne pokolenia. Główny cios spadł jednak na pokolenie J. Górskiego.

3. Lata powojenne

3.1. Akademia Handlowa

Po prawie sześcioletniej tułaczce wojennej Józef Górski wrócił do swego ukochanego Poznania. Tu kontynuował swoją owocną pracę jako organizator życia akademickiego, nauczyciel akademicki i wychowawca pokoleń studentów oraz jako autor wielu prac naukowych. Swoje powojenne życie zawodowe J. Górski związał z Akademią Handlową (od 1950 r. noszącą nazwę Wyższa Szkoła Ekonomiczna, od 1974 roku – Akademia Ekonomiczna, a od 2008 r. – Uniwersytet Ekonomiczny) oraz z Uniwersytetem Poznańskim (od 1955 r. Uniwersytet im. Adama Mickiewicza).

Jeszcze wojna się nie zakończyła, gdy przebywający w Krakowie pracownicy Uniwersytetu Poznańskiego i Akademii Handlowej rozpoczęli realizację planu powrotu na zajmowane przed wojną posterunki. Wśród tego grona nie mogło oczywiście zabraknąć Józefa Górskiego, który rzucił się w wir pracy, wykorzystując swój nieprzeciętny talent organizacyjny dla przezwyciężania przeszkód utrudniających przywrócenie życia akademickiego w zniszczonym mieście. W publikacji wydanej z okazji 50-lecia Akademii Ekonomicznej czytamy między innymi: „Trudno wprost wyrazić słowami ogrom ofiarnego wysiłku, jakiego wymagało doprowadzenie do jak najszybszego uruchomienia Szkoły w mieście ruin, wypełnionym zwałami gruzu. Wobec całkowitego zniszczenia pożarem górnych kondygnacji jej gmachu trzeba było niezwłocznie zabezpieczyć go na tyle, by móc rozpocząć zajęcia chociażby w uciążliwych na razie warunkach" (Zakrzewski, 1976, s. 32)[6]. Trudno przecenić udział J. Górskiego w zorganizowaniu w 1946 r. w Szczecinie Oddziału Akademii Handlowej w Poznaniu, traktowanego od początku jako samodzielna i odrębna uczelnia. Jako Rektor miał świado-

[6] Wysiłek J. Górskiego przy odbudowie Uczelni Ekonomicznej bardzo wysoko ocenia Jego wybitny uczeń – prof. Jan Hołowiński: „W marcu 1945 r., gdy jeszcze toczyła się wojna, prof. Józef Górski powołany przez Radę Akademii Handlowej w Poznaniu na jej rektora, rozpoczyna najbardziej aktywny, najbardziej wydajny okres swojego życia w służbie polskiej nauki" (Hołowiński, 1983, s. 298).

mość, że tworzy rzecz dobrą, a z punktu widzenia politycznego i społecznego wprost konieczną (Przemówienie Rektora Akademii Handlowej prof. dr. Józefa Górskiego z okazji uroczystej inauguracji XXII-go roku akad. 1947/48 w Poznaniu w dniu 10 stycznia 1948 r., 1948, s. 14).

Kierowanie odbudową Akademii Handlowej leżało w gestii J. Górskiego jako wyznaczonego uchwałą Rady Profesorów zastępcy rektora (prof. Witold Skalski był wówczas więziony w hitlerowskim obozie koncentracyjnym w Buchenwaldzie) oraz prorektora Akademii Handlowej (dr Jan Wiertelak poległ w czasie wojny jako oficer rezerwy). Zostało to formalnie potwierdzone przez Kuratorium Akademii, które w dniu 7 marca 1945 r. powierzyło Profesorowi funkcję prorektora i prowadzenie spraw Uczelni aż do powrotu rektora Skalskiego. Na barkach J. Górskiego spoczął więc obowiązek stworzenia bazy materialnej, zorganizowania powrotu kadry profesorskiej oraz określenia zasad przyjmowania studentów. J. Górski miał pełnić obowiązki rektora aż do powrotu prof. Witolda Skalskiego. Prof. W. Skalski po powrocie z obozu koncentracyjnego w Buchenwaldzie nie mógł już jednak dalej sprawować swej funkcji. W tej sytuacji prof. J. Górski – uchwałą Rady Profesorów z 5 września 1945 r. zatwierdzoną przez Prezydenta Krajowej Rady Narodowej – został powołany na rektora Akademii Handlowej. Prorektorem został prof. Stefan Rosiński. W wyniku następnych wyborów w 1946 r. i 1947 r. mandat ten został przedłużony do 9 grudnia 1948 r. W roku akademickim 1950/1951 był dziekanem Wydziału Finansów. Ponadto w latach 1950/1951–1951/1952 był opiekunem Katedry Ubezpieczeń.

Funkcję rektora Uczelni pełnił prof. Józef Górski także w latach 1956––1959, a w latach 1959–1962 był jej prorektorem. Z nieukrywaną satysfakcją Profesor podkreślał, że był rektorem z wyboru, a nie z nominacji: „Ta okoliczność miała dla mnie szczególne znaczenie moralne. Zobowiązywała mnie ona do poświęcenia maksimum wysiłków dla dobra Uczelni, dla ugruntowania jej rangi naukowej, zabezpieczenia jej podstaw materialnych. Bez zbytniej skromności mogę stwierdzić, że pokładanego we mnie zaufania nie zawiodłem" (Górski, 2000, s. 228). O ile po wojnie głównym zadaniem rektora J. Górskiego była odbudowa Uczelni oraz skompletowanie kadry naukowej i administracyjnej, o tyle obejmując funkcję rektora po okresie „błędów i wypaczeń" musiał przywracać między innymi prawidłowe relacje między rektorem a administracją Uczelni.

J. Górski w 1976 r. roku został doktorem *honoris causa* Uczelni. W związku z jubileuszem 50-lecia istnienia Uczelni Senat Wyższej Szkoły Ekonomicznej wystąpił z wnioskiem o nadanie Profesorowi tego zaszczytnego tytułu (Hołowińska, 1976, s. 315–316). W uzasadnieniu wniosku prof. Ryszard Domański podkreślił rolę publikacji, które wyszły spod pióra Profesora, w tym w szczególności poświęconych prawu morskiemu, oraz to, że Pro-

fesor Józef Górski „interes narodowy, społeczny i polityczny państwa stawia zawsze najwyżej" (Archiwum Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu, sygn. 175).

3.2. Alma Mater Posnaniensis – Wydział Prawa

Po wojnie Wydział Prawa dysponował własną, wykształconą w okresie przedwojennym, kadrą uczonych. Mimo wojennych strat nie trzeba było w 1945 roku budować Wydziału od podstaw (Krasowski, 2006, s. 97; Górski, 2000, s. 103, 147). Do tej przedwojennej plejady uczonych należał także J. Górski, który w latach 1945–1952 pełnił funkcję kierownika III Katedry Prawa Cywilnego (od 1950/1951 Katedry Prawa Handlowego). Wszystkie trzy Katedry zostały połączone w zespołową Katedrę Prawa Cywilnego, która weszła w skład Zespołu Katedr Prawa Cywilnego (Deresiewicz, 1958, s. 167) utworzonego na podstawie zarządzenia Ministra Szkolnictwa Wyższego z dnia 15 maja 1952 r. („Monitor Polski" A nr 44, poz. 629; Deresiewicz, 1957, s. 57).

W dniu 19 października 1962 r. wiceminister szkolnictwa wyższego przeniosła prof. J. Górskiego (z dniem 1 października 1962 r.) z Wyższej Szkoły Handlowej na Uniwersytet im. Adama Mickiewicza i powierzyła mu kierownictwo Katedry Prawa Gospodarczego (Ohanowicz, s. 90–91; Łuczak i in., 1967, s. 123), którą kierował nieprzerwanie do czasu przejścia na emeryturę z dniem 1 października 1974 r. (Przyjaciele i uczniowie, 1974, s. 1–2). W 1962 r. Profesor powrócił do swego macierzystego Wydziału, z którym jeszcze od przedwojennych lat był stale związany.

Trwałe związki łączyły Józefa Górskiego także z najstarszym periodykiem prawniczym w Polsce – „Ruchem Prawniczym, Ekonomicznym i Socjologicznym". Już w 1939 r. prof. A. Ohanowicz przekazał J. Górskiemu redagowanie przeglądu ustawodawstwa cywilnego na łamach RPEiS. Później, jako przedstawiciel WSE, J. Górski był także jednym z członków jego Komitetu Redakcyjnego, którego redaktorem naczelnym został A. Ohanowicz (Sikorska-Dzięgielewska, 2004, s. 174). Jeden z zeszytów czasopisma dedykowany został w całości J. Górskiemu. Swoje artykuły opublikowało w tym zeszycie 31 znawców prawa cywilnego i prawa gospodarczego. We wstępie do tej pracy przyjaciele i uczniowie tak charakteryzują J. Górskiego jako uczonego, pedagoga, organizatora i działacza: „zdobył nasze serca przede wszystkim jako dobry człowiek, zawsze wrażliwy na cudze troski, spieszący z pomocą w każdej potrzebie i zawsze pełen optymizmu i dobrego humoru" (Przyjaciele i uczniowie, 1974, s. 4).

Józef Górski lubił swoją pracę, w szczególności zajęcia za studentami. Pasja dydaktyczna oraz specyficzny, ciepły i serdeczny stosunek do studentów sprawiały, iż Jego seminaria były wprost oblegane przez studentów. Pod Jego kierunkiem zostało napisanych ponad 1200 prac magisterskich i dyplomowych (Trojanek, 1983, s. 105). Zamiłowanie do wykładania powodowało, że, w przeciwieństwie do niektórych innych profesorów, chętnie wyjeżdżał do punktów konsultacyjnych Uniwersytetu (Sandorski, 2007, s. 41). Również studenci lubili komunikatywny i barwny sposób prowadzenia zajęć przez J. Górskiego. Był nauczycielem i wychowawcą wielu przyszłych znamienitych pracowników nauki. Większość z nich znana jest ze swych publikacji w całym kraju i zajmowała odpowiedzialne stanowiska w szkolnictwie wyższym i instytucjach państwowych.

Swą pracę naukową w powojennej Polsce Józef Górski poświęcił przede wszystkim prawu gospodarczemu i prawu morskiemu. Jako znawca tego drugiego występował w roli eksperta, autora prac naukowych – w 1955 roku opublikował monografię pt. *Konosament* (Górski, 1955) – oraz nauczyciela akademickiego. Pozycję wybitnego specjalisty z prawa gospodarczego osiągnął zarówno dzięki doskonałej znajomości zagadnień prawa prywatnego, jak i – a może przede wszystkim – przedwojennej praktyce w Prokuratorii Generalnej. Praca w instytucji reprezentującej przed sądami interesy państwa dawała także okazję jej kadrom dla kształtowania postawy propaństwowej. W pracy publikowanej bezpośrednio po wojnie – gdy na rynek został wydany już wyrok – skrytykował program studiów prawniczych, w którym jako obowiązkowe przewidziane były wykłady na temat organizacji prawnej przedsiębiorstw publicznych i prywatnych, a brak było wykładów z prawa handlowego. Zdaniem Górskiego przedmiotem wykładu prawa gospodarczego są „przepisy, które ustalają ogólny ustrój gospodarczy, ustrój i zadania władz gospodarczych, zadania związane z wykonaniem planów gospodarczych, oraz warunki, od spełnienia których uzależnione jest rozwijanie działalności gospodarczej. «Prawo gospodarcze» jest częścią prawa administracyjnego (…). Tymczasem «prawo handlowe» jest częścią prawa cywilnego, a podmioty tego prawa – to jednostki gospodarcze rozwijające działalność i przejawiające swą wolę w drodze cywilno-prawnych oświadczeń" (Górski, 1949, s. 71). Rękę ówczesnego cenzora widać już jednak w jedynym dodanym na końcu publikacji przypisie, którego treść nie pozostawia złudzeń co do kierunku zachodzących zmian: „Powyższe uwagi napisane przed rokiem wymagają już dziś uzupełnienia. W ustroju socjalistycznym, jak to dowodzi przykład radziecki, na autonomię prawa handlowego nie ma w ogóle miejsca (…). Przewidywać więc należy odpowiednie przekształcenie dotychczasowych katedr i zakładów prawa handlowego na

katedry prawnej organizacji przedsiębiorstw i obrotu gospodarczego, jako działu prawa cywilnego" (Górski, 1949, s. 72; Napierała, 2009).

Jeżeli w Polsce Ludowej prawo cywilne nie zostało zupełnie wyrugowane z życia gospodarczego, to z pewnością dzięki takim ludziom jak prof. Józef Górski, który w publikacjach poświęconych prawu gospodarczemu konsekwentnie zwalczał centralistyczny system zarządzania i planowania oraz lansował idee, które u schyłku Jego życia znalazły pewien wyraz w nowych regulacjach prawnych ówczesnej reformy gospodarczej (Trojanek, 1983, s. 104). Do końca życia J. Górski był również zwolennikiem jedności prawa cywilnego i przeciwstawiał się traktowaniu prawa gospodarczego czy prawa morskiego jako odrębnych dziedzin prawa (Przyjaciele i uczniowie, 1974, s. 2).

4. Osobowość Profesora Józefa Górskiego

Osiągnięcie osobistego i zawodowego sukcesu Józef Górski zawdzięcza swym zdolnościom, pracowitości oraz szczęściu. Talentami został obdarzony, pracowitość wyniósł z domu, a szczęściu – bądź, jak to ujmował sam Profesor: „szczęśliwym zbiegom okoliczności" (Górski, 2003) – pomagał otwartością na ludzi i kierowaniem się zasadą złotego środka.

Otwartość Józefa Górskiego wynikała z potrzeby bycia wśród innych i z potrzeby poznawania ludzi i świata. Swoją otwartością i gotowością pomocy innym zdobywał licznych przyjaciół, którym także wiele zawdzięcza. Przy lekturze pamiętnika Profesora można odnieść wrażenie, że to nie tyle dokument o Nim, co o kontaktach z innymi. Indeks osób zawiera osiem stron spisanych w dwóch kolumnach nazwisk, za którymi stoją konkretni ludzie, z którymi w życiu się spotykał i rozmawiał. Są wśród nich osoby zajmujące poczesne miejsce w historii Polski, jak i ci, którym przypadły inne role, w tym studenci. Dla wszystkich Profesor znajdował czas, wszystkich wysłuchiwał, dla wszystkich był gotowy do pomocy. Jako rektor zawsze znajdywał czas na rozmowę ze studentami i znajdował środki materialne na dopomożenie studentom w potrzebie. Posiadł także przydatną w trudnych powojennych czasach umiejętność zjednywania sobie władz dla realizacji trudnych przedsięwzięć (Hoffmann, 1998). Ta bezinteresowna gotowość do nawiązywania kontaktów okazała się dobrą życiową lokatą. Profesor cieszył się zasłużonym autorytetem i miał wielu przyjaciół, których pomoc była często – w szczególności podczas wojny – trudna do przecenienia.

Widocznym na co dzień znakiem otwartości Józefa Górskiego było także to, że z każdym w każdej chwili i w zasadzie na każdy temat lubił prowadzić rozmowy. Brak cechy małomówności oraz humor Profesora były

przedmiotem wielu anegdot, a wśród nich anegdoty świadczącej o Jego niebywałej kondycji koniecznej przy wygłaszaniu dowcipnych monologów do współpasażerów w trakcie podróży (zob. Sandorski, 2007, s. 50–52), anegdoty o uratowanej protezie w wagonie restauracyjnym WARS-u i reakcji Profesora na pouczenie kelnera, że przy sporządzaniu herbaty ekspresowej do szklanki należy wrzucić nie zęby, lecz torebkę (zob. Sandorski, 2007, s. 38), anegdoty o tym, jak podczas spotkania w restauracji kaliskiej swym rozluźnionym już po paru kieliszkach doktorantom kazał referować stan zaawansowania przygotowywanych prac doktorskich (Górski, 2006, s. 111), anegdoty o tym, gdy na pytanie węgierskiego profesora, czy jest bratem jego znajomego o 13 lat młodszego prof. W. Górskiego, odpowiedział: „co, ja jego bratem – to on jest moim bratem" (Górski, 2008), czy wreszcie anegdoty o ograniczeniu studentce kary tylko do ojcowskiej reprymendy umoralniającej, ponieważ – jak zażartował – mógłby być jej ojcem, co jednak spotkał się natychmiastową z ripostą: „nie wiem, czy mamusia by się zgodziła" (Górski, 2003).

Jednak głównym miejscem, w którym można było na co dzień obcować z tryskającym humorem Józefem Górskim, był Klub Profesorski. Klub pracowników naukowych UAM mieścił się najpierw przy placu Wolności, a później w Collegium Minus, tuż przy Collegium Iuridicum, siedzibie Wydziału Prawa. Klub był instytucją wydziałową trudną do przecenienia i – nad czym ubolewa m.in. świadek jego rozkwitu i upadku, prof. Z. Radwański – szkoda, że z różnych przyczyn owa nieformalna płaszczyzna kontaktów naukowych później zanikła (Radwański, 2006, s. 43). Upadek klubu, podobnie jak rezygnacja z organizacji corocznych balów wydziałowych, ocenione zostały jako widome znaki dezintegracji środowiska (Krzymkowski, 2004, s. 207).

Józef Górski był stałym bywalcem klubu i głównym uczestnikiem odbywających się w nim debat. Nie mogło to zostać przeoczone przez znawcę wydziałowych anegdot: „Stolik, przy którym zasiadał, stawał się natychmiast stolikiem honorowym. Starało się do niego dosiąść jak najwięcej pracowników Wydziału, by posłyszeć, co dziś ma do powiedzenia grupa wydziałowych luminarzy. Przy sąsiednich stolikach rozmowy toczyły się szeptem, by można było podsłuchać, o czym jest mowa przy stoliku honorowym. Żarty, które tam opowiadano, kwitowały śmiechem także stoliki satelitarne i przekazywały stolikom najdalej położonym, by i te wiedziały, z czego aktualnie warto się śmiać. (…) Profesor Górski bez wątpienia był jednym z redaktorów naczelnych opowiadanej 'poza zasięgiem cenzury' klubowej gazety. Nigdy nie odnosiło się wrażenia, by cenzurował własne poglądy wygłaszane przy klubowym stoliku. A znany był z niewyparzonego języka" (Sandorski, 2007, s. 35–36).

5. Podsumowanie

Prof. Józef Górski urodził się w położonej w Wielkopolsce miejscowości Śnietnia koło Szymanowic, jako poddany cara Mikołaja II na granicy rosyjsko-pruskiej. Przeżył dwie światowe wojny. Pierwsza wojna przypadła na lata szkolne. Lata młodości spędził w Drugiej Rzeczypospolitej, zdobywając wyższe wykształcenie i tytuły akademickie oraz cenne doświadczenie zawodowe w Prokuratorii Generalnej. Plany życiowe przekreślił wybuch drugiej wojny światowej. Podczas wojny pracował i był dwukrotnie aresztowany. Dojrzały wiek Profesora przypadł na okres Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej.

Józef Górski wychował całe pokolenie prawników, w tym wielu cenionych dziś profesorów prawa. Pracę dydaktyczną wykonywał z oddaniem, pamiętając o tym, że „my stawiamy studentom dobrą lub złą notę przeważnie tylko raz w roku. Oni tymczasem noty takie stawiają nam codziennie" (Górski, 2000, s. 76). Był znakomitym znawcą prawa prywatnego, w tym w szczególności prawa prywatnego gospodarczego (handlowego). Prawo prywatne traktował jako główny instrument regulacji stosunków gospodarczych. Należał do zwolenników zasady jedności prawa cywilnego. W czasach gospodarki planowej niestrudzenie bronił umowy jako najlepszego instrumentu kojarzenia interesów wszystkich uczestników obrotu, w tym także jednostek gospodarki uspołecznionej.

Józef Górski był człowiekiem czynu. Pracę naukową i dydaktyczną łączył zawsze z działalnością organizacyjną. Po wojnie czynnie uczestniczył w odbudowie Akademii Handlowej. Dwukrotnie był rektorem tej Uczelni, a w 1976 r. został jej doktorem *honoris causa*. W związku z jubileuszem 50-lecia istnienia Uczelni, Senat Wyższej Szkoły Ekonomicznej wystąpił z wnioskiem o nadanie Profesorowi tego zaszczytnego tytułu (Hołowińska, 1976, s. 315–316). W uzasadnieniu prof. Ryszard Domański podkreślił rolę publikacji, które wyszły spod pióra Profesora, w tym w szczególności poświęconych prawu morskiemu, oraz to, że Profesor Józef Górski „interes narodowy, społeczny i polityczny państwa stawia zawsze najwyżej" (Archiwum Uniwersytetu Ekonomicznego w Poznaniu, sygn. 175). Na Wydziale Prawa i Administracji od 1962 r. aż do wieku emerytalnego pełnił funkcję kierownika Katedry Prawa Gospodarczego. Za swoją działalność otrzymał wiele wyróżnień, w tym Krzyż Oficerski (1946) i Krzyż Komandorski Orderu Polonia Restituta (1959), Złoty Krzyż Zasługi (1946), Medal Komisji Edukacji Narodowej oraz odznaki za zasługi dla miasta Poznania, województwa poznańskiego i szczecińskiego.

Zmarł 5 lutego 1983 r. Pochowany został w Poznaniu na cmentarzu Junikowskim (pole **27**, kwatera **D**, rząd **1**, numer **16**). Przez swego ucznia doc. Jacka Trojanka żegnany był między innymi takimi słowami: „Profesor Józef Górski był wielkim patriotą, rozmiłowanym w swej Ojczyźnie, a w szcze-

gólności we wsi polskiej. Posiadając wrodzone poczucie obowiązkowości, był zwolennikiem ładu, porządku i dobrej pracy, w której upatrywał główne źródło pomyślności kraju" (Trojanek, 1983, s. 105).

Zapamiętałem Profesora Józefa Górskiego przede wszystkim jako charyzmatycznego przedwojennego Profesora cieszącego się na Wydziale wielkim autorytetem. Pamiętam Jego także jako człowieka „z krwi i kości", kochającego życie i ludzi, tryskającego humorem i dowcipem i zawsze mającego dla innych czas. Gdybym dzisiaj – gdy miarowym, choć z każdym rokiem jakby szybszym krokiem, zmierzam do tych lat, które miał Profesor wówczas, gdy prowadziłem z Nim pierwszą rozmowę – musiał scharakteryzować postać prof. Józefa Górskiego w dwóch słowach, to bez wahania powiedziałbym, że był człowiekiem dobrym i mądrym.

Notka biograficzna:

profesor zwyczajny Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, autor monografii, artykułów, glos i recenzji z zakresu prawa cywilnego i prawa spółek, współredaktor i współautor podręczników prawa spółek handlowych i prawa umów handlowych.

Literatura

Deresiewicz, J. (red.) (1957). *Kronika Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu za rok szkolny 1955/56*. Poznań: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Deresiewicz, J. (red.) (1958). *Kronika Uniwersytetu Poznańskiego za lata akademickie 1945–1954/55*. Poznań: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Górski, J. (1932). *Umowa wydawnicza według polskiej ustawy z 29 marca 1926 o prawie autorskiem*. Poznań: Nakł. Poznańskiego Towarzystwa Przyjaciół Nauk.

Górski, J. (1938). *Przygotowanie umowy w świetle kodeksu zobowiązań*. Poznań: Księgarnia Wł. Wilak.

Górski, J. (1949). Prawo handlowe w nowym programie studiów. *Rocznik Akademii Handlowej w Poznaniu 1948/49*, 71. Poznań.

Górski, J. (1955). *Konosament*. Warszawa: Wydawnictwa Komunikacyjne.

Górski, J. (2000). *Wspomnienia z minionych lat*, do druku przygotował P. Kraszewski. Poznań: Biblioteka Raczyńskich.

Górski, S. (2003). Józef Górski. Wspomnienie (1904–1983). *Gazeta Wyborcza*, nr 29, 04.02.2003.

Górski, S. (2006). *Zachowanie w pamięci minione lata*. Karwieńskie Błota-Poznań: maszynopis.

Górski, S. (2008). *Dykteryjki z życia Profesora Józefa Górskiego*. Notka z 24 listopada 2008, Zbiory Archiwum WPiA UAM.

Górski, W. (1998). *W mundurku i mundurze*. Szczecin: Agencja Wydawniczo-Reklamowa „Promocja".

Hoffmann, U. (1998). Profesor Józef Górski 1904–1983. *Gazeta Wyborcza*, nr 41, 18.02.1998.

Hołowińska, E. (1976). Profesor Józef Górski doktorem honoris causa Akademii Ekonomicznej w Poznaniu. *Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny*, R. 37, z. 4, 315–316.
Hołowiński, J. (1983). Józef Górski (1904–1983). *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, R. 45, z. 3, 298.
Krasowski, K. (2006). *Wydział Prawno-Ekonomiczny Uniwersytetu Poznańskiego w latach 1919––1939*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.
Krzymkowski, M. (2004). Wydział Prawa i Administracji w latach 1969–1990. W: K. Krasowski (red.), *Zarys dziejów Wydziału Prawa Uniwersytetu w Poznaniu 1919–2004*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.
Łuczak, Cz., Wisłocki, J., Miśkiewicz, B., Wójciak, W. (1967). *Kronika Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu za lata akademickie 1962/63–1964/65*. Poznań: Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.
Napierała, J. (2009). *Józef Górski. Ze Śnietni nad Prosną po rektorskie berło*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.
Ohanowicz, A. (1938). *Ocena prac naukowych przedłożonych celem habilitacji z prawa cywilnego przez dra Józefa Górskiego, 31 maja 1938 r.* Archiwum UAM, sygn. 819/2.
Przemówienie Rektora Akademii Handlowej Prof. dr. Józefa Górskiego z okazji uroczystej inauguracji XXII-go roku akad. 1947/48 w Poznaniu w dniu 10 stycznia 1948 r. (1948). *Rocznik Akademii Handlowej w Poznaniu Rok 1947/48*. Poznań: Akademia Handlowa w Poznaniu.
Przyjaciele i uczniowie (1974). Profesor dr Józef Górski. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, R. 36, z. 3, 1–2.
Radwański, Z. (2002). Zawarcie umowy. W: Z. Radwański (red.), *Prawo cywilne – część ogólna. System Prawa Prywatnego* (t. 2). Warszawa: C.H. Beck.
Radwański, Z. (2006). *Alfred Ohanowicz – ojciec poznańskiej cywilistyki*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.
Sandorski, J. (2007). *Nie deptać prawników. Wydział Prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w anegdocie*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.
Sandorski, J. (2011). *Nie deptać prawników. Wydział Prawa Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w anegdocie*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.
Sikorska-Dzięgielewska, K. (2004). Wydział w latach 1945–1956. W: K. Krasowski (red.), *Zarys dziejów Wydziału Prawa Uniwersytetu w Poznaniu 1919–2004*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.
Trojanek, J. (1983). Józef Górski 1904–1983. *Państwo i Prawo*, R. 38, z. 11, 105.
Zakrzewski, Z. (red.) (1976). *Akademia Ekonomiczna w Poznaniu 1926–1976*. Warszawa–Poznań: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Professor Józef Górski – eminent lawyer, organizer, teacher, scholar

Summary

Józef Górski was born on the 16th of February 1904. He spent his early years in the Second Polish Republic, earning higher education degrees and academic titles, as well as professional experience in the Office of the State Attorney. Professor's mature

age coincided with the Polish People's Republic. J. Górski raised a whole generation of lawyers, including many respected law professors. More than 1200 MA theses and dissertations were written under his supervision. He was an excellent expert in private law, in particular commercial law. He treated private law as the main instrument of regulating economic relations. He belonged to the supporters of the principle of unity of civil law. In the era of planned economy he tirelessly defended the contract as the best instrument matching the interests of all market participants. After the war, Professor actively participated in the reconstruction of Akademia Handlowa (Academy of Commerce). Twice he was rector of the Academy and in 1976 he was awarded doctorate *honoris causa*. Since 1962 until retirement age, he had served as head of the Department of Economic Law at the Faculty of Law and Administration, Adam Mickiewicz University. He received many honours for his work, including the Officer's Cross and Commander's Cross of the Order of *Polonia Restituta*, Golden Cross of Merit, Medal of the National Education Commission. He died on the 5th of February 1983.

Key words: scholar, teacher, private law, contract, maritime law.

Stefan Grzybowski – the Master

Stefan Grzybowski – prawdziwy mistrz

EWA MARCZAK, NATALIA ZATOŃ

Summary

This article presents one of the most recognised and respected Polish civilians – Stefan Grzybowski. It focuses on his scientific achievements as well as the major events of his private and professional life, which, put together, constitute a picture of an eminent scholar and excellent teacher/lecturer, an ardent social activist and an extraordinary person.

Key words: civilian, Master, teacher.

Stefan Grzybowski was one of the finest Polish scholars, an outstanding lawyer and extraordinary person. His students tend to call him no different but Master, the Master. There is no doubt that he was not only a teacher with wide knowledge in various fields, but also a person, who was ready to help, offer his advice, find a solution. His huge knowledge and teaching skills made him able to gather more and more followers and admirers (Wojciechowska, 2004).

Grzybowski's character was highly influenced by his family. He was born on 16th October 1902 in Zator. Traditions, patriotism and family values were always of great importance in Grzybowski's family. It can be even suggested that Stefan Grzybowski's career as a lawyer was also a part of cultivating family tradition, because his father, Marian Grzybowski, was a doctor, and his older brother Konstanty was a great lawyer. Konstanty Grzybowski studied and taught in Poland and in Germany. It is worth mentioning

that Konstanty was researching issues connected with constitutionalism in Poland, Germany and in Russia. After WWII he became one of the founders of the constitution projects (Konstanty Grzybowski – biogram, 2014).

Being brought up in a traditional family had impact on the decisions made by Grzybowski in his early youth. While he was in high school, he took part in the actions organized by the group forces, which aim was to secure peace after the collapse of Austrian administration. It was also only his decision to join the Polish army. In 1921 he was demobilized (Ś.P. Stefan Grzybowski, 2014).

After passing the matura exam Grzybowski started studying law at Jagiellonian University in Cracow. He graduated in 1926 and started professional practice at a court in Nowy Sącz. At this time he was writing doctoral thesis on the topic *The legal character of general partnership* and he defended the thesis in 1927 (Ś.P. Stefan Grzybowski, 2014).

Grzybowski's great talent was noticed by professor Fryderyk Zoll, which offered young lawyer learning and working in Cracow. Until 1931 Grzybowski became an assistant, and then an appeals judge. Although Grzybowski was working at the court and he had numerous obligations to fulfill, he wrote and published several scientific articles at that time.

In 1931 Grzybowski received scholarship from the Foundation of Scientific Culture, which enabled him to study abroad in Germany and in France.

His habilitation work *Personal protection of the relationship with the work after the death of the author – general issues* was printed in 1934, three years later Grzybowski achieved habilitation. He was teaching at Jagiellonian University, where he was asked to be the head of Department of Labour Law (Ś.P. Stefan Grzybowski, 2014).

In 1939 Grzybowski again joined the army. He was a soldier of the Border Protection Corps. After the invasion of Russian army, his division was sent to Hungary. When Grzybowski was interned, he actively worked as a head of science and literature department of the Polish Library Publishing Company. He tried to escape twice, but he was caught in 1945 and he was sent to prison camps in Austria, and then in Germany in Luckenwalde and Fürstenberg (Ś.P. Stefan Grzybowski, 2014).

After war he came back to Cracow and he became a teacher in Cooperative College of the Department of Agriculture and Forest at Jagiellonian University and at University of Social Science. He was the rector of Academy of Economics from 1948 till 1952. After professor Zoll's death, Grzybowski became the head of the Department of Civil Law (Ś.P. Stefan Grzybowski, 2014).

This time of his life is the period of the most intensive work with students. Professor Grzybowski, according to what his students say, was a per-

son with huge knowledge from various fields of law. His works touched upon civil law, labour law, and also the theory of law (Ś.P. Stefan Grzybowski, 2014).

Beside his scientific accomplishments, there was something more, which made him different from other teachers. His students underline, that Grzybowski had an unique way of getting to students. The atmosphere of his lectures and classes was special enough to make him one of the most respectable teachers. Professor was always kindly smiling, he was open to any suggestions and questions. All of these aspects made him unforgettable among students. Part of his lectures were devoted to his own thoughts and remarks. He highly appreciated students' independence, willingness to express their thoughts and defend their point of view. Grzybowski's lectures were not monologues – his aim was to discuss the issues with students. In his opinion, formulating one's views and reflections is an efficient and essential way of self-development (Wojciechowska, 2004).

Despite having numerous classes and various responsibilities, professor Grzybowski has always had enough time to spend it with his students. These meetings became a sort of tradition, as Grzybowski tend to spend hours on talking with young people and analyzing various issues. In 1956–1962 Grzybowski was rector of Jagiellonian University, and at the same time he was also the head of the Department of Civil Law (1948–1973) (Wojciechowska, 2004).

As it may be easily concluded Grzybowski had a lot of work, but it was not an impediment to his meetings with students. All the time he was working on his professional development, but he was always present on the meetings in Michalovski street in Cracow. Participants of the meetings admit that the atmosphere was unique and incomparable to anything. Professional discussions about various topics connected with different fields of law were combined with talking about memories, experiences and private life. Students trusted professor and they respected him, and that is why they felt that sharing their problems with him may bring out a beneficial outcome. Apart from Grzybowski's great pedagogical talent, there was also his faculty of story-telling. All in all, his experience, knowledge, extraordinary character and feeling really responsible for his students, made him not only a reliable source of scientific knowledge, but also an advisor, consultant and a friend.

Because of Grzybowski's constant professional work and active participation in development of Jagiellonian University, professor was given the title of *professor extraordinarius* of Jagiellonian University in 1949.

Working as a vice-president of Jagiellonian University gave Grzybowski an opportunity to expand his professional activity and improve the functioning of the university. He became the rector of Jagiellonian University mainly

because of his professional works and participation in the development of the university. Later, Grzybowski became also the Dean of the Department of Law. It has to be mentioned, that the top priority for him was always benefit and good of the university. There is no doubt that he played an important role in the development of Polish science in general (Wojciechowska, 2004).

Grzybowski became the Dean of the Department of Law at the Jagiellonian University after very famous professor Jan Gwiazdomorski, which had taken part in works on the code of civil law and the code of civil procedure. Both professors are considered the founders of one of the most important centers of Polish civil law studies. Because of their participation in the development of Jagiellonian University, and the development of civil law studies, the graduates of the University work at the highest posts at various courts (at the Supreme Court of Poland, Appellate Court and at the Constitutional Tribunal) (Ś.P. Stefan Grzybowski, 2014).

In 1957 Grzybowski was given the most prestigious title – professor of the Jagiellonian University. This title is given only to the most deserving university lecturers, whose remarkable scientific work and involvement in the life of the university should be honored (Stowarzyszenie Gmin i Powiatów Małopolski, 2014).

In 1973 Grzybowski retired, but he was actively taking part in the life of the Jagiellonian University. He took part in the foundation of the Intercollegiate Department of Inventions and Protection of Intellectual Property. In this department he became the head of Science Council (Stowarzyszenie Gmin i Powiatów Małopolski, 2014).

From 1981 Grzybowski was in the lead of the works of the Center of Civil Initiative of Solidarity (Polish non-governmental trade union). The center was active even after establishing in Poland martial law in December 1981 (Stowarzyszenie Gmin i Powiatów Małopolski, 2014).

After reactivating the Polish Academy of Sciences (Polish scientific organization founded in 1872) Grzybowski became its member. He was one of the initiators of publishing by the Academy the "Private Law Quarterly" (Stowarzyszenie Gmin i Powiatów Małopolski, 2014).

In 2001 professor Grzybowski was given the status of honorary citizenship of Lesser Poland. Reasons for that were his active work devoted to the development of Polish lawmaking and projects of various laws and bills, which gave the fundaments of Polish Third Republic (Stowarzyszenie Gmin i Powiatów Małopolski, 2014).

Grzybowski's work and accomplishments for Polish science were noticed and appreciated also by University of Warsaw. On 14th June 1989 Grzybowski was given the title of *doctor honoris causa* of this university (Stowarzyszenie Gmin i Powiatów Małopolski, 2014).

In 1991 president Lech Wałęsa awarded Grzybowski with Order of Polonia Restituta (Stowarzyszenie Gmin i Powiatów Małopolski). It is one of the highest orders in Poland and it is conferred for extraordinary achievements in various fields. More important than the Order of Polonia Restituta in Poland there are only Order Virtuti Military and Order of the White Eagle.

Grzybowski's students remember the professor as a person who loved mountains. It was widely known that his favorite places to rest were Rabka-Zdrój and Zubrzyca, where he often went both in winter and in the summer (Wojciechowska, 2004).

Stefan Grzybowski died on 25th October 2003. Even the place where he was buried underlines his love towards the mountains. He was buried on a cottage cemetery in Orawka (Wojciechowska, 2004).

* * *

Professor Stefan Grzybowski's scientific achievements are very impressive and reflect the extensive range of his interests. His publications count some three hundred and thirty articles of which a dozen or so were published abroad (Nowińska and Stanisławska-Kloc, 2002, p. 281–300). His scientific interests included the theory and history of law, as well as – first and foremost – private law, labour law, commercial law and intellectual property law. The latter was given special attention in his academic activity. Stefan Grzybowski's research activities were predominantly based on a thorough analysis of individual institutions and attempts of solving the legal problems arising in the course of applying laws (Radwański, 2002, p. 10). As Professor once put it: "familiarity with the law consists not only in the, obviously necessary, recognition of the binding norms which are to be, and are, subject to change, but also in the thorough understanding of the legal institutions and concepts" (Piasecka-Sobkiewicz, 1979, p. 6). What needs to be stressed is that Professor Stefan Grzybowski readily responded to the needs reported by practitioners, taking onto his shoulders the burden of resolving doubts and formulating *de lege ferenda* postulates. During his long professional career he spent hours on critical analyses of former judicial decisions and prepared dozens of glosses to the decisions delivered by the Supreme Court. Over the years he also published more than thirty reviews of papers on civil law.

Invention law and copyright law occupied a special place among the numerous areas of law which interested Professor Grzybowski. Those two branches of law, referred to jointly as intellectual property law, were subject of his habilitation dissertation entitled: *Ochrona osobistego stosunku do dzieła po śmierci twórcy – zagadnienia ogólne* (Personal protection of the relationship

with the work after the death of the author – general issues). He was one of the first scholars who undertook the subject pertaining to the protection of artists' and performers' rights. In 1968, his work *Artysta wykonawca i jego dzieło a zagadnienie ochrony prawnej* (An artist-performer and his work and legal protection issues) was first published, followed two years later by *Projekt ustawy o ochronie artystów wykonawców* (Draft law on the protection of artists-performers) of which he was a co-author. The collective work *Zagadnienia prawa autorskiego* (Copyright law issues) of which he was editor, was published in 1973, crowning his scientific research into copyright law.

Numerous other publications and glosses were devoted to the law on inventions, especially the law on the protection of inventions, utility models and trademarks. These became the subject of an article published in 1936 in *Encyklopedia podręczna prawa prywatnego* (The Reference Encyclopedia of the private law) under the title *Ochrona wynalazków, wzorów i znaków towarowych* (Protection of inventions, utility models and trademarks). Professor's publications on issues related to the law on inventions addressed not only its legal institutions but contained as well proposals of amendments as, for example, the paper prepared in 1949 for the Commission for the drafting of a new patent law, entitled: *Podstawowe konstrukcje prawnicze nowego prawa patentowego* (The basic legal constructs of the new patent law) or his *Rozważania w sprawie reformy polskiego prawa wynalazczego* (Deliberations on the reform of Polish invention law) published in 1971. In his works, written towards the sixties of the 20th century, which were devoted to intellectual property, he also deliberated know-how contracts. One of the examples which may be quoted here is his article published in 1968 *Umowy know-how na tle kodeksu cywilnego* (Know-how contracts in light of the civil code) and a dissertation published in the Netherlands in 1972 under the title *The protection of know-how in Poland*. These and other studies show that apart from his academic interests in pursuing the developments of legal thought, Professor would also readily respond to the challenges and demands of the economic life. Thus, to meet the expectations of law practitioners, he initiated drafting of an extensive publication on the law on inventions and was editor of the resulting collective work *Zagadnienia prawa wynalazczego* (Invention law issues) of which he was one of the contributors. The work was published in 1969. In the introduction, Professor Grzybowski emphasized that the "principal premise governing the choice of the subject and its presentation is the conviction that one of the most urgent tasks before the invention law doctrine is to create general theoretical foundations and constructs, and to study the legal issues against the provisions of the civil code and procedural provisions" (Słomski, 2002, p. 303).

Professor Stefan Grzybowski was also the author of a number of works on the general issues of civil law, the law of obligations and the substantive law. For and foremost, he is also co-author of volumes of the *System prawa cywilnego* (The system of civil law) in which these issues have been widely discussed. Much of Professor's attention was focused on the protection of personal rights. He advocated a concept of the existence of many types of personal rights and had an important monograph *Ochrona dóbr osobistych według przepisów ogólnych prawa cywilnego* (Protection of personal rights in light of the general provisions of civil law) published in 1957. Another important article was published in 1974 under the title *Rozwój systemu ochrony dóbr osobistych w trzydziestu latach Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej* (Development of the system of personal rights protection in the thirty years of the Polish People's Republic). Another interest of Professor Grzybowski included the principles of a community life clause. And thus in 1963 and 1964 he had two papers published: *Zasady współżycia społecznego* (Principles of community life) and *Struktura i treść przepisów prawa cywilnego odsyłających do zasad współżycia społecznego* (The structure and content of the civil law provisions referring to the principles of community life). After the adoption of the Civil Code of 1964, Professor Stefan Grzybowski turned to analysing different types of contracts. In 1965, in an article *Nowe oraz istotnie zreformowane w k.c. rodzaje umów* (New and substantially amended in the civil code types of contracts) he offered a general analysis of the detailed part of the book of obligations, which was then followed by an analysis of individual contracts. His deliberations were reflected, among others, in an article of 1967 with the Polish title *O przepisach k.c. dotyczących zlecenia* (On the civil code provisions regulating a commissioned contract) and, published a year later, paper on *Spółka prawa cywilnego a konstrukcja umowy jako źródła zobowiązań* (A civil law partnership and the construction of a contract as a source of obligations). Many of Professor's works dealt with the issues of the rights *in rem*. An example here may be a draft of a right *in rem* (published in 1946 in a journal *Państwo i Prawo*) under the title *Własność w projekcie prawa rzeczowego* (Ownership in the draft law – rights *in rem*). This proposal, however, because of ideological reasons, was eventually rejected. Its main idea, though, based on the encapsulating the limits of rights *in rem* in a general clause has found its expression in the laws binding today (Kozioł, 2005, p. 182).

Commercial law was another area which Professor Grzybowski made a focus of his attention and research. The degree of a doctor in law that was conferred upon him in 1928 was based on a dissertation *Charakter prawny jawnej spółki handlowej* (The legal nature of a general partnership). Companies in commercial law, and a joint stock (public limited) companies were his main early interests and one of his first publications was a paper entitled

Pojęcie spółki akcyjnej według projektu ustawy o spółkach akcyjnych (The concept of a joint stock company in the draft law on joint stock companies) of 1927. In subsequent years his considerations turned to cooperatives and societies as well, and so in 1973 he prepared an analysis of the legal situation under civil law of societies, in 1976 a monograph entitled *Prawo spółdzielcze w systemie porządku prawnego* (Cooperative law in the legal order system) and a work on *Sytuacja prawna w toku tworzenia spółdzielni oraz odpowiedzialność jej założycieli* (Legal status of a cooperative in the course of formation and liability of its founders) of 1987.

Among other subjects which Professor researched were selected issues of family and guardianship law. He offered his opinion on the new proposals put forward during the work on the unification of Polish matrimonial law and in 1944 wrote an article *Prawo małżeńskie osobowe. Zagadnienia legislacyjne* (Personal matrimonial law. Legislative issues). It was already years ago, at the time of frequent disputes on the place of family law in the legal system, that Professor expressed a firm opinion, today's shared by most of civil lawyers in Poland, that even though regulated in a separate act, family law constitutes a branch of civil law (Radwański, 2002, p. 11). He was also the first one who postulated the inclusion of family law into the civil code, and this view was articulated in an article of 1994 *Z problematyki usytuowania prawa rodzinnego w systemie prawa cywilnego* (On the issues regarding the place of family law in the civil law system). Another area of Professor's research was the institution of marriage, total adoption and the maintenance/alimony claims.

Labour law was another branch of law which Professor devoted much of his time. Most paper published on labour law are academic in their character, one of the main ones being, published 1947, *Wstęp do nauki prawa pracy* (Introduction to the science of labour law) and, a year later, a monograph under the title *Prawo pracy (*Labour law). With a view of presenting the social and political background of the lectures in labour law, in 1948 developed a case study on social policy entitled *Wstęp do nauki polityki społecznej* (An introduction to political science). However, his real interest was the history and development of employees' trade unions. Thus, in 1948 he had a paper on *Pracownicze związki zawodowe. Droga rozwoju* (Employees trade unions. A development path) published, followed by a paper on *Administracyjne funkcje związków zawodowych* (Administrative functions of trade unions) written a year later.

Yet another point of interest among his numerous research studies was theory and history of law. Among many publications focused on historical aspects, was a monograph *Dzieje prawa – opowieść, refleksje, rozważania* (The history of law – story, reflections, deliberations) published in 1981, which

apart from describing the beginnings of legal systems, included deliberations on further development of law. Among other things, it predicted the subsequent development of administrative law and approximation of the administrative law and civil law methods (Piasecka-Sobkiewicz, 1979, p. 6). It is noteworthy to recall that his earlier publications contained an analysis of an administrative act as a basis for civil law relationships. Last, but not least, the dissertations published in 1961 – *Wyodrębnione oraz ukryte elementy wypowiedzi normatywnej* and *Wypowiedź normatywna i jej struktura formalna* – tackled still another area – the theory of law.

What is noteworthy is the fact that Professor Stefan Grzybowski was not only a distinguished and recognised scholar, but also a fine academic teacher. As a teacher, he was author or co-author of a number of handbooks on the general part of civil law, family law, labour law, or the rights *in rem*. The teaching material he prepared for his students on the general part of civil law still occupies a significant position in the literature.

Stefan Grzybowski was an "institution" of Polish civil law studies. His academic achievements are impressive, not only because of the diversity of subjects tackled or the number of publications, but also because of their merit. The scientific and didactic achievements continue to influence the views of the representatives of Polish doctrine and judicature.

Biographical reference:

Ewa Marczak – graduate of Adam Mickiewicz University in Poznań (Law Faculty).
Natalia Zatoń – student at the Adam Mickiewicz University in Poznań (Russian Philology).

References

Konstanty Grzybowski – biogram (2014). Krakowskie Tradycje Intelektualne http://www.krakowskie.nazwa.pl/index.php?option=com_content&view=article&id=22:konstanty-grzybowski&catid=12:konstanty-grzybowski&Itemid=4 (11.06.2014).

Kozioł, A. (2005). Organizacja prac nad prawem cywilnym w Polsce w latach 1945–1946. In: A. Lityński, M. Mikołajczyk, W. Organiściak (eds.), *Z dziejów prawa*, Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego. Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego.

Nowińska, E., Stanisławska-Kloc, S. (2002). Wykaz publikowanych prac Stefana Grzybowskiego. *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 1, 281–300.

Piasecka-Sobkiewicz, M. (1979). Profesor. Życiorys prawniczego pokolenia. *Prawo i Życie*, 11, 6.

Radwański, Z. (2002). W setną rocznicę urodzin Profesora Stefana Grzybowskiego. *Państwo i Prawo*, 11, 8–14.

Słomski, M. (2002). Wspomnienia o Profesorze Stefanie Grzybowskim. *Prace z wynalazczości i ochrony własności intelektualnej*, 80, 299–308.

Stowarzyszenie Gmin i Powiatów Małopolski (2014). Biogram Stefana Grzybowskiego. http://www.sgpm.krakow.pl/biografie/formatka.php? idwyb=15 (12.06.2014).

Ś.P. Stefan Grzybowski (2014). http://stefan-grzybowski.inmemoriam.org (13.06.2014).

Wojciechowska, A. (2004). Pożegnanie. Wspomnienie o prof. Stefanie Grzybowskim. *Edukacja prawnicza*, 1 (58). http://www.edukacjaprawnicza.pl/artykuly/ artykul/a/pokaz/c/artykul/art/pożegnaniewspomnienie-o-prof-stefanie-grzybowskim.html (13.06.2014).

Zmarł prof. Stefan Grzybowski (2014). *Dziennik Polski*. http://www.dziennikpolski24.pl/artykul/2241768,zmarl-prof-stefan-grzybowski,id,t.html?cookie=1 (03.06.2014).

Stefan Grzybowski – prawdziwy mistrz

Streszczenie

Artykuł przedstawia sylwetkę jednego z najbardziej znanych i szanowanych polskich cywilistów – Stefana Grzybowskiego. Autorki zwróciły szczególną uwagę na dokonania Profesora, jego dorobek naukowy, a także najważniejsze wydarzenia z życia prywatnego i zawodowego, które składają się na obraz aktywnego działacza społecznego, wybitnego uczonego, znakomitego nauczyciela-wykładowcy i nieprzeciętnego człowieka.

Słowa kluczowe: cywilista, mistrz, nauczyciel.

Ведущий теоретик гражданского права. К 95-летию со дня рождения Олимпиада С. Иоффе

Wybitny teoretyk prawa cywilnego. Dla upamiętnienia 95. rocznicy urodzin Olimpiada S. Joffego

КОНСТАНТИН ЛЕБЕДЕВ

Резюме

Статья, или точнее – очерк, представляет историографический обзор основных направлений творческой деятельности крупнейшего цивилиста советского и постсоветского периодов профессора О. С. Иоффе. В очерке приводятся воспоминания об О. С. Иоффе его коллег и учеников. Дополнительно содержится информация о публикациях различных авторов, посвященных работам О. С. Иоффе. Автор очерка раскрывает значение разработанной О. С. Иоффе системы гражданского права для кодификации и систематизации гражданского законодательства современной России.

Ключевые слова: гражданское право, система, цивилистическая мысль, научное наследие, учебный курс.

1. Вступление

„Главная фигура советской цивилистики" – так назвал О.С. Иоффе профессор А.Л. Маковский, известный теоретик российского гражданского права в наши дни (Маковский, 2000, с. 10).

В январе 2015 г. исполнилось 95 лет со дня рождения крупнейшего ученого в области гражданского права Олимпиада Соломоновича Иоффе (1920–2005). Это событие прошло незамеченным и не сопровождалось какими-либо конференциями или иными мероприятиями. Очевидно, теперь стоит ждать столетнего юбилея ученого в 2020 году, чтобы обсудить вклад О.С. Иоффе в цивилистику, отметить использование его идей и концепций в современном гражданском праве и в целом отдать ему должное так же, скажем, как в 2013 г. на юридическом факультете Казанского (Приволжского) федерального университета была проведена большая международная конференция, посвященная памяти выдающегося дореволюционного русского цивилиста Г.Ф. Шершеневича (1863–1912) в связи со 150-летием со дня его рождения. В конференции принимали участие и польские цивилисты. Шершеневич и Иоффе – вот две крупнейшие фигуры, с которыми связано становление и развитие гражданского права в России: Шершеневич – вторая половина XIX века и начало XX века, Иоффе – вторая половина XX века и начало XXI века.

Олимпиад Соломонович Иоффе родился 21 января 1920 г. на Украине в г. Синельниково Днепропетровской области в интеллигентной семье; мать – учитель музыки – дала сыну прекрасное музыкальное образование, но мальчик проявлял блестящие способности в математике и после окончания средней школы в 1938 г. был отправлен родителями в Ленинград поступать по их настоянию на математико-механический факультет Ленинградского государственного университета, но у юноши давно зрело желание изучать юридические науки, он хотел стать адвокатом и поэтому поступил в Ленинградский юридический институт. В 1941 г., будучи уже студентом 4-го курса, был призван в армию и после окончания офицерских курсов был направлен на Карельский фронт, где и прослужил всю войну, был ранен, награжден орденами и медалями. Закончил войну в звании капитана, в ноябре 1945 г. был демобилизован и вернулся в Ленинград; завершил учебу в Юридическом институте, за полтора года выполнил аспирантскую программу, сдал экзамены по кандидатскому минимуму и в июне 1947 г. защитил кандидатскую диссертацию по теме „Правоотношение по советскому гражданскому праву". Научным руководителем О.С. Иоффе был известный ученый-цивилист профессор С.И. Аскназий, занимавшийся теоретическими и методологическими аспектами науки гражданского права (Кротов, 2008, с. 7–12). Своим учителем О.С. Иоффе также называл профессора Я.М. Магазинера, известного специалиста не только по гражданскому праву, но и по общей теории права (Кравцов, 2006, с. 8–14).

О.С. Иоффе был включен в штат юридического факультета Ленгосуниверситета ассистентом кафедры гражданского права, которой в те годы заведовал профессор А.В. Венедиктов, являвшийся одновременно и деканом юридического факультета; позднее за свой фундаментальный труд „Государственная социалистическая собственность в СССР" А.В. Венедиктов получил Сталинскую премию первой степени и был избран действительным членом Академии наук СССР (Иоффе, Райхер и Толстой, 1968; Иванов, 2004, с. 7–68). После смерти А.В. Венедиктова заведующим кафедрой вплоть до 1966 г. являлся профессор Б.Б. Черепахин (1894–1969 г.г.) (Алексеев, 2001, с. 5–12).

Начиная с 1947 г., О.С. Иоффе совмещает активную творческую деятельность с преподаванием. Кроме общего курса гражданского права он читает римское право и специальный курс „История институтов гражданского права". Все современники характеризуют О.С. Иоффе как блестящего лектора, остроумного полемиста, интересного собеседника (конкретные факты из жизни О.С. Иоффе хранятся в памяти автора настоящего очерка; в далеком 1967 г. автор был приглашен О.С. Иоффе в аспирантуру и под его руководством учился в аспирантуре, затем стал работать на кафедре гражданского права, а теперь – на кафедре коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета. Уже в 2000-ые годы, когда О.С. Иоффе с семьей жил в США, в издаваемых в Казахстане профессором А.Г. Диденко сборниках публиковались воспоминания О.С. Иоффе о его детских годах, об учебе в Юридическом институте, о военном и послевоенном времени, о его учителях и коллегах (Иоффе, 2001а, с. 5–28; Иоффе, 2000, с. 5–34; Иоффе, 2010, с. 579–644). Профессор А.Л. Маковский, который в послевоенные годы учился на юридическом факультете Ленгосуниверситета, вспоминает об О.С. Иоффе: „молодой преподаватель, недавно в чине капитана вернувшийся с фронта, в 27 лет блестяще защитивший диссертацию и оставленный на кафедре, вызывал интерес у студентов, среди которых было много не только его сверстников, но и людей старше него. [...] Удивительная четкость (если не сказать, чеканность) фраз и формулировок не делает речь О.С. скучной. Ее выразительность достигается разнообразием и часто неожиданностью логических средств, используемых оратором – среди них и простейшие приемы логики, и доказательство *ad absurdum*, и обращение к парадоксам и ко всем способам толкования закона, и многое другое" (Маковский, 2000, с. 3–5).

С 1947 г. по 1980 г. О.С. Иоффе работает на юридическом факультете Ленгосуниверситета на кафедре гражданского права; в 1954 г.

защитил докторскую диссертацию по теме „Ответственность по советскому гражданскому праву"; стал доктором юридических наук, получил ученое звание профессора; с 1966 г. по 1980 г. являлся заведующим кафедрой. В 1981 г. по семейным обстоятельствам был вынужден выехать из СССР; из Западной Европы переехал в США, работал в Гарвардском университете и в Университете штата Коннектикут в г. Хартфорде; последние годы жизни провел в г. Фармингтоне, где скончался 8 апреля 2005 г., его прах захоронен на одном из кладбищ в Санкт-Петербурге.

В связи с переизданием в России трудов О.С. Иоффе стали публиковаться воспоминания о нем его коллег и учеников. В этих воспоминаниях и в моей памяти тоже Олимпиад Соломонович предстает человеком широкой души, наделенным огромными способностями, неисчерпаемой творческой энергией, доброжелательным отношением к людям. Профессор В.Ф. Яковлева (1922–2007 г.г.), которая много лет работала на кафедре гражданского права вместе с О.С. Иоффе, вспоминает: „Как человек Олимпиад Соломонович – неоднозначен. Он мог быть чутким, внимательным, душевным, добросердечным, но рафинированным интеллигентом он не был. В любой среде он чувствовал себя своим, в спорах житейских давал сдачу беспощадно. Иногда в быту он мог и грубовато обидеть. Правда, чаще он сам же и разряжал возникшую в таких случаях неловкость и делал это, как правило, с помощью анекдотов (чаще одесских), которыми он был напичкан до краев. Припомнив соответствующий случаю анекдот, он с артистизмом его рассказывал, и общий хохот присутствующих заставлял забывать мелкую обиду" (Яковлева, 2003, с. 14). Одна из коллег – доцент кафедры гражданского права Т.А. Фаддеева (1932–2009 г.г.) – так же вспоминает О.С. Иоффе как замечательную личность, отмечает „музыкальную одаренность его бесконечно богатой натуры", он любил и классическую, и легкую музыку; „только одно могло выдавать усталость О.С. Иоффе: он начинал вполголоса напевать арии из оперетт, не допуская даже малейшей фальши ни по тексту, ни в мелодии. Легкость опереточных сюжетов снимала, видимо, его усталость" (Фаддеева, 2004, с. 13–14). Ветеран, участник Войны, доцент кафедры гражданского права А.Г. Потюков (1922–2011 г.г.) подчеркивает колоссальную трудоспособность О.С. Иоффе, позволявшую ему создавать глубокие фундаментальные исследования, вошедшие в золотой фонд российской юриспруденции (Потюков, 2010, с. 11–12).

Такие же высокие положительные отзывы об О.С. Иоффе дают и американские коллеги, которые познакомились и сотрудничали с ним во время его пребывания в Америке (Блумберг, 2009, с. 443–445).

2. Аналитические исследования трудов О.С. Иоффе

Наряду с воспоминаниями об О.С. Иоффе как человеке и выдающейся личности появляются публикации, в которых дается анализ научной деятельности О.С. Иоффе в целом либо отдельных его работ, оценивается его вклад в теорию гражданского права и общую теорию права, прослеживается его влияние на гражданско-правовое регулирование в современных условиях. Такие работы, несомненно, представляют историографический интерес, поскольку имя О.С. Иоффе вошло в историю науки гражданского права наряду с именами крупнейших цивилистов XIX века (Д.И. Мейер, К.П. Победоносцев, П.П. Цитович, Г.Ф. Шершеневич и др.) и XX века (А.В. Венедиктов, С.Н. Братусь, Д.Н. Генкин, Е.А. Флейшиц и др.). Его труды необходимо изучать и использовать, хотя опубликованных работ с аналитикой трудов О.С. Иоффе пока не так много; можно предположить, что со временем появится целое историографо-правовое направление, которое можно будет назвать „иоффеведением", а специалистов по работам О.С. Иоффе – „иоффеведами" (Так, последователи психосоциологической концепции известного теоретика права Л.И. Петражицкого, до Октябрьской революции работавшего в Санкт-Петербургском государственном университете, называют себя „петражицкианцами', а основанное на концепции Л.И. Петражицкого теоретико-философское направление в теории права называют „петражицкианством" – Фиттипальди, 2014, с. 33–62).

В предпринятом Санкт-Петербургским издательством „Юридический центр Пресс" (позднее стало называться Издательство Р. Асланова „Юридический центр Пресс") издании избранных трудов О.С. Иоффе в 4-х томах (общее название цикла – серия „Антология юридической науки") в первый том вошли две монографии О.С. Иоффе: „Правоотношение по советскому гражданскому праву" и „Ответственность по советскому гражданскому праву". Предисловие к первому тому написано профессором В.Ф. Попондопуло (профессор, доктор юридических наук, заслуженный деятель науки РФ Владимир Федорович Попондопуло – заведующий кафедрой коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского госуниверситета, один из учеников О.С. Иоффе). В этом предисловии В.Ф. Попондопуло дает анализ наиболее примечательных особенностей обеих книг. „Работы О.С. Иоффе об ответственности по гражданскому праву и о правоотношении по гражданскому праву были новаторскими для своего времени, – подчеркивает В.Ф. Попондопуло. – В значительной степени они сохранили свое научное значение и сегодня. Это объясняется тем, что О.С. Иоффе

(какой бы спорной ни была его собственная позиция по рассматриваемому вопросу) всегда считал необходимым показать весь диапазон взглядов на проблему, аргументированно опровергал либо отстаивал те или иные взгляды и на этой основе делал свои выводы, показывал не только теоретическое, но и практическое значение исследуемой проблемы" (Попондопуло, 2003, с. 28). В Предисловии ко второму тому названного издания профессор А.П. Сергеев дает краткую характеристику написанной О.С. Иоффе первой части курса гражданского права и делает вывод о том, что „те фрагменты книги, которые посвящены изложению теоретических вопросов общей части гражданского права, в большинстве своем не только не потеряли своей значимости, но подчас приобрели новое звучание с позиций тех изменений, которые произошли в гражданском законодательстве (Сергеев, 2004, с. 8). В другой своей работе А.П. Сергеев представил более полную характеристику творческого наследия О.С. Иоффе, уделил внимание его научной деятельности после отъезда из СССР. Он сообщает, что О.С. Иоффе „не только читал лекции и много писал, но и часто выступал с докладами на международных конференциях в США, Голландии, ФРГ и т.д. Однако в СССР и в Россию, несмотря на неоднократные приглашения, больше не приезжал. Отклонил О.С. Иоффе и предложения об участии в работе над проектом нового Гражданского кодекса РФ. Слишком большой, вероятно, оказалась нанесенная ему душевная травма, когда в одночасье были перечеркнуты все его заслуги перед страной и отечественной юридической наукой"; за рубежом „О.С. Иоффе издал 11 монографий и опубликовал множество статей" (Сергеев, 2009, с. 434–443). К этому можно добавить, что многие работы О.С. Иоффе, изданные в СССР, переводились на другие языки и издавались во многих зарубежных государствах, в том числе в Польше. В составленном профессором О.Ю. Шилохвостом списке основных трудов О.С. Иоффе указаны 154 работы (Шилохвост, 2000, с. 759–774), но фактически опубликованных работ О.С. Иоффе больше. В 1967 году О.С. Иоффе было присвоено звание почетного доктора Лодзинского университета (Аверьянов, 1968, с. 155).

В 4-м томе Избранных трудов О.С. Иоффе помещены статьи (разумеется, не все) О.С. Иоффе, вышедшие в СССР в 50–70-е годы XX века, а также работы, созданные в США в период с конца 1990-х годов по 2005 год. Своими воспоминаниями о зарубежном периоде жизни О.С. Иоффе делится в этом томе профессор А.Г. Диденко (с. 5–9). Анатолий Григорьевич Диденко – доктор юридических наук, профессор Каспийского общественного университета, г. Алматы, Казахстан; неоднократно встречался с О.С. Иоффе в США, явился инициатором издания

последних работ О.С. Иоффе в Казахстане. Сам проф. А.Г. Диденко осуществляет активную творческую деятельность (Диденко, 2013; 2015). В этом же томе предисловие написано доцентом И.П. Грешниковым (с. 13–28). Анализируя самые последние работы О.С. Иоффе, И.П. Грешников вступает с О.С. Иоффе в полемику, опровергая его „нормативно-поведенческую теорию права". По мнению И.П. Грешникова, „такой взгляд О.С. Иоффе на право не только не приближает нас к пониманию сути феномена права, но и наносит реальный вред процессу формирования в России гражданского общества и развитию цивилизованных хозяйственных отношений, основанных на частном праве" (Иоффе, 2010, с. 22–23). Относительно „реального вреда" И.П. Грешников явно преувеличивает; применять в научной дискуссии такие выпады недопустимо. Теоретико-философские подходы к пониманию права всегда были и остаются разными; законодательство же развивается своими путями, а формирование гражданского общества зависит не от того или иного определения понятия права, а от степени политической зрелости общества, демократического характера государства, его государственного устройства и политической системы.

Достаточно критически анализирует основные концептуальные разработки О.С. Иоффе и известный российский ученый профессор Ю.К. Толстой (Толстой Юрий (Георгий) Кириллович – доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского госуниверситета, действительный член Российской академии наук. Одно время О.С. Иоффе и Ю.К. Толстой тесно сотрудничали, у них есть совместные работы, в частности, комментарии к кодифицированным законам; Иоффе и Толстой, 1962; Иоффе и Толстой, 1965). В своем очерке проф. Ю.К. Толстой подвергает анализу теорию гражданского правоотношения О.С. Иоффе, в частности, выражает несогласие с тем, что, как считает О.С. Иоффе, „объектом правоотношения является поведение обязанного лица. [...] На воздействие со стороны права (как объективного права, так и правоотношения) способно реагировать лишь человеческое поведение, и в этом смысле указанное поведение действительно является объектом права, или, что то же самое, объектом воздействия со стороны права, – пишет Ю.К. Толстой. – На воздействие же поведения людей, или, что то же [самое-К.Л.], деятельности людей, способны реагировать и реагируют материальные и нематериальные блага, служащие удовлетворению человеческих потребностей. Указанным благам и следует придавать значение объектов правоотношений (прав и обязанностей их участников) в специальном юридико-техническом смысле слова" (Толстой, 2012, с. 298–299). Воспоминания и очерки Ю.К. Толстого об

О.С. Иоффе неоднократно издавались и раньше (Толстой, 2005; 2006; 2007). Эта критика „стреляет" мимо цели, потому что, развивая теорию правоотношения, О.С. Иоффе признавал и материальные блага объектом (материальным) правоотношения. Вообще, это давняя полемика между О.С. Иоффе и Ю.К. Толстым не выходит за рамки чисто теоретической дискуссии. Небезынтересно в этой связи обратить внимание уважаемого читателя на то, что в действующем законодательстве придается большое значение юридической характеристике категории объекта гражданских прав. В части первой ГК РФ 1994 года в разделе I. „Общие положения" выделен подраздел 3. „Объекты гражданских прав", состоящий из трех глав: 6. „Общие положения", 7. „Ценные бумаги", 8. „Нематериальные блага и их защита". Согласно ст. 128 ГК РФ „Объекты гражданских прав", к объектам гражданских прав отнесены не только вещи, иное имущество, нематериальные блага и т.д., но и „имущественные права"; то есть, законодатель употребил здесь понятие объектов гражданских прав, а не объектов гражданских правоотношений, и предусмотрел основные требования к оборотоспособности и правовому режиму различных видов объектов гражданского права (ст. 8.1., 129–152.2. ГК РФ).

В названном очерке проф. Ю.К. Толстой подвергает критическому анализу выполненные О.С. Иоффе разработки таких важнейших категорий гражданского права и теории права как правоотношение, правосубъектность, правоспособность и дееспособность, субъективное право, юридическое лицо, собственность и право собственности, гражданско-правовая ответственность; затронуты также такие крупные проблемы более общего формата как проблемы системы права, хозяйственного права, сущности социалистического государства и права (Толстой, 2012, с. 286–334). И все же, несмотря на сугубо критический подход, Ю.К. Толстой не отрицает значения трудов О.С. Иоффе для российской юридической науки, но призывает коллег к более осторожной и взвешенной оценке его вклада в науку (Толстой, 2012, с. 286–296).

Автор настоящего очерка, будучи учеником О.С. Иоффе, счел своим долгом принять активное участие в переиздании трудов О.С. Иоффе и доведении его взглядов до новых поколений российских юристов. Здесь уместно сослаться на три опубликованных мною работы. Сначала мною было подготовлено аналитическое исследование об учебно-теоретическом курсе О.С. Иоффе „Обязательственное право", которое было опубликовано как предисловие к тому третьему его избранных трудов (Лебедев, 2004, с. 13–45). Затем большой интерес вызвала публикация на русском языке последней монографии О.С. Иоффе „Россия: досоветская, советская, постсоветская"; эта книга

была написана О.С. Иоффе на английском языке, на русский язык переведена Д.О. Тузовым (ранее – доцент Томского госуниверситета, ныне – доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского госуниверситета; в 2006 г. были опубликованы воспоминания проф. Б.Л. Хаскельберга и Д.О. Тузова об О.С. Иоффе (Хаскельберг и Тузов, 2005; 2006, с. 678–682). Книга издавалась по частям в Казахстане профессором А.Г. Диденко в сборниках „Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика" (вып. 13, 2002, с. 4–26; вып. 14, 2002, с. 5–24; вып. 15, 2003. с. 6–45; вып. 17, 2003, с. 4–27). Анализу содержания этой книги посвящена моя статья „Как создается капитализм: размышления О.С. Иоффе об исторических предпосылках и перспективах постсоветской России" (Лебедев, 2007, с. 429–447). В 2011 г. был опубликован очерк об О.С. Иоффе, подготовленный мной в связи с 90-летием со дня его рождения в 2010 г. (Лебедев, 2011, с. 735–743).

В своих работах историографического характера мне хотелось показать все основные направления научных исследований О.С. Иоффе. К таковым следует отнести:

- учение о гражданском правоотношении и правоотношении как наиболее общей категории юриспруденции;
- теорию гражданско-правовой ответственности: понятие, виды, условия и формы (меры) ответственности по гражданскому праву;
- учение об обязательствах и договорах, включая выделение и юридическую характеристику отдельных видов или типов договоров, в том числе характеристику группы хозяйственных договоров;
- систематизацию хозяйственного законодательства и вопросы правового регулирования хозяйственной деятельности и хозяйственных отношений;
- разработку понятийного аппарата гражданского права, в частности, понятий правосубъектности, юридического лица, права собственности, оперативного управления, хозяйственного обязательства;
- анализ соотношения плана и договора и структуры договорных связей в социалистическом хозяйстве;
- обеспечение гражданско-правовой охраны интересов личности;
- пределы осуществления субъективных гражданских прав;
- проблемы личных неимущественных прав, определение их места в системе гражданского права;
- общие вопросы теории права и критику буржуазных теорий права;

– вопросы кодификации гражданского законодательства;
– критику теории „хозяйственного прав";
– историю науки гражданского права, начиная с юриспруденции Древнего Рима, включая цивилистические доктрины эпохи феодализма, промышленного капитализма, империализма, и заканчивая историей цивилистической мысли в СССР.

Это – далеко не полный перечень проблем, которыми занимался О.С. Иоффе, и которые можно изучать по его опубликованным работам.

3. О системе гражданского права

Основные работы О.С. Иоффе – работы по общим и отдельным проблемам гражданского права. По существу, О.С. Иоффе продолжил и развил традиции русской цивилистической школы, которые складывались до Октябрьской революции 1917 года. Многообразие отношений, которые охватываются предметом гражданского права, требовало от российских цивилистов представить, прежде всего, многочисленные подразделения гражданского права в виде взаимосвязанных в единой системе правовых институтов и субинститутов. Доктринальное видение системы российского гражданского права было представлено в трудах профессора Г.Ф. Шершеневича и ряда других крупных дореволюционных ученых-юристов. После Октябрьской революции в 1922 г. был принят первый советский Гражданский кодекс РСФСР, но большинство его норм носило описательный декларативный характер; поэтому ГК РСФСР 1922 г. не оказал заметного влияния на правоприменительную практику; основная регулятивная нагрузка падала на подзаконные нормативные правовые акты и, главным образом, на совместные решения и постановления правительства и партийных органов. К тому же в предвоенный период – 20-ые – 30-ые годы – среди теоретиков не было единства относительно понимания системы права и критериев построения системы законодательства. Некоторое время преобладала теория хозяйственного права (Е.Б. Пашуканис и др.), согласно которой гражданское право изначально признавалось буржуазным по своей сути правом, не присущим социалистическому обществу (в конце 30-х годов по настоянию наркома юстиции А.Я. Вышинского ведущие теоретики хозяйственного права были объявлены врагами народа и вредителями и подвергнуты жестоким репрессиям; позднее в 60-ые годы все они были реабилитированы). В послевоенный

период назрела необходимость осуществления кодификации всего советского законодательства. Председателем комиссии по подготовке проекта Гражданского кодекса СССР был назначен академик А.В. Венедиктов, а О.С. Иоффе стал ученым секретарем комиссии. Затем ввиду федеративного государственного устройства Советского Союза было признано целесообразным принять на федеральном уровне отраслевые основы законодательства, а принятие кодексов передать в ведение союзных республик. В связи с этим комиссия была расформирована и законотворческие работы несколько затянулись.

Но О.С. Иоффе, не дожидаясь завершения второй кодификации гражданского законодательства, приступил к разработке теоретического курса гражданского права. Он поставил перед собой цель, во-первых, охватить все подотрасли, институты и субинституты гражданского права; во-вторых, расположить их в определенной объективно и логически обусловленной системе. В результате поистине титанических усилий в 1958 г. вышел из печати первый том (Иоффе, 1958). В 1961 г. публикуется второй том (Иоффе, 1961). О.С. Иоффе был последовательным и убежденным сторонником так называемой пандектной системы гражданского права, согласно которой в гражданском праве выделяются нормы, имеющие общее значение для всех регулируемых отношений и которым должны соответствовать все остальные – специальные в этом контексте – правовые нормы. Пандектная система не устраняет, а, напротив, подтверждает *a priori* действенность основополагающего правоприменительного принципа о приоритете специальных норм, которые подлежат применению в первую очередь, но на основе и с учетом общих норм. Следуя пандектной системе О.С. Иоффе представил первую часть курса следующим образом: 1) Общая часть, 2) Право собственности, 3) Общее учение об обязательствах. Во вторую часть курса вошли отдельные виды договорных и внедоговорных обязательств и их разновидности. Третью часть курса О.С. Иоффе завершил и издал после завершения второй кодификации гражданского законодательства.

В первой половине 60-х годов XX столетия работы по кодификации гражданского законодательства все же были наконец закончены: в 1961 г. были приняты Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, в 1964 г. был принят Гражданский кодекс РСФСР, в 1963–1965 г.г. были приняты Гражданские кодексы во всех остальных союзных республиках (проблемам кодификации гражданского законодательств была посвящена докторская диссертация Ю.К. Толстого (1970) подробно кодификация проанализирована в книге: Ма-

ковский А.Л. О кодификации гражданского права (1922–2006) (2010). В эти же годы были приняты Основы гражданского процессуального законодательства Союза ССР и союзных республик и Гражданские процессуальные кодексы союзных республик, что должно было обеспечить надлежащий уровень рассмотрения гражданских споров в судах общей юрисдикции. Структура Основ гражданского законодательства 1961 г. и ГК РСФСР 1964 г., так же как и структура ГК всех остальных союзных республик, полностью соответствовала доктринальной системе, предложенной и обоснованной О.С. Иоффе, но за одним существенным исключением, которое касается институтов семейного права. В 1965 г. издается третий том курса гражданского права (Иоффе, 1965). Третий том был написан уже с учетом вступивших в силу Основ гражданского законодательства 1961 г. и ГК РСФСР 1964 г.

С выходом из печати третьего тома учебно-теоретического курса Иоффе О.С. были охвачены все разделы реально существующего гражданского права как отрасли права и отрасли законодательства. Однако, о месте семейного права в системе советского права велись продолжительные дискуссии; в конце концов было признано более целесообразным кодифицировать семейное законодательство отдельно и в 1968 г. были приняты Основы Союза ССР и союзных республик о браке и семье, а затем в республиках были приняты Кодексы о браке и семье, в РСФСР – в 1969 г. Тем не менее, нормы семейного права, даже если признавать его самостоятельной отраслью в системе права, тесно связаны с гражданским правом. В настоящее время взаимодействие семейного права с гражданским правом отражено в ст. 4 Семейного кодекса РФ (Федеральный закон от 29.12.1995 г. № 223-ФЗ с послед. изменениями и дополнениями), согласно которой к „имущественным и личным неимущественным отношениям между членами семьи, не урегулированным семейным законодательством, применяется гражданское законодательство постольку, поскольку это не противоречит существу семейных отношений". С точки зрения учебного процесса наследственное право должно изучаться после семейного права, а не наоборот, как делается обычно в юридических вузах (высших учебных заведениях). Для преподавания примененная О.С. Иоффе последовательность – сначала семейное право, затем наследственное – более логична и приемлема как для преподавателей, так и для студентов.

После завершения кодификации гражданского законодательства в 1961–1965 г.г. О.С. Иоффе переработал первые два тома учебно-теоретического курса и оба тома были подготовлены к новому изданию. Но теперь с учетом ведущего значения учебника О.С. Иоффе для всех

юридических вузов страны было рекомендовано издать учебник в центральном в те годы государственном специализированном издательстве „Юридическая литература" (г. Москва). Издательство потребовало от автора сократить объем рукописи, что и был вынужден сделать О.С. Иоффе. Первый том, изданный в 1967 г. (Иоффе, 1967), состоял только из двух больших разделов: „Общая часть" и „Право собственности" (в таком варианте этот учебник был переиздан в неизмененной редакции в современной России (Иоффе, 2004а), предисловие к этому изданию написано проф. А.П. Сергеевым, с. 7–12). Второй том был опубликован в 1975 г. (Иоффе, 1975), в него вошли два следующих больших раздела гражданского права: „Общее учение об обязательствах" и „Отдельные виды обязательств" (и этот том был переиздан в современной России (Иоффе, 2004)). В подготовке этого издания принимал непосредственное участие автор настоящего очерка. По требованию издательства мне пришлось поработать над объемом книги; были сокращены ссылки на подзаконные нормативные правовые акты и ведомственные документы советского периода, которые не оказывали никакого влияния на сущность гражданско-правовых институтов и давно утратили свое значение; к этому изданию мною написано предисловие (с. 13–45), в котором дается анализ книги моего выдающегося учителя.

Таким образом, можно говорить не просто об учебнике по гражданскому праву, а об учебно-теоретическом курсе, в котором представлены все основные разделы и институты гражданского права. Необходимо со всей ответственностью признать, что учебник О.С. Иоффе – это полный классический курс современного гражданского права. Появление такого учебника сыграло большую роль как в подготовке грамотных квалифицированных специалистов в области гражданского права, так и в юриспруденции в целом. На учебник было написано много рецензий; на кафедрах гражданского права юридических вузов проходили его обсуждения и всегда, несмотря на отдельные критические замечания, учебнику давалась очень высокая положительная оценка. Остается сожалеть, что этот уникальный труд не был отмечен государственными наградами, а его автор не был избран в состав Академии наук СССР.

Но разработанная О.С. Иоффе система гражданского права оказалась востребованной и в пореформенное время. Структура ГК РФ 1994–2002 г.г. в целом полностью соответствует структуре учебника О.С. Иоффе, даже последовательность расположения несоподчиненных между собой договорных институтов в части второй ГК РФ,

в принципе, такая же, как в „Обязательственном праве" О.С. Иоффе. Гражданский кодекс России состоит из принятых в виде отдельных федеральных законов четырех частей, включающих в себя семь разделов. Часть первая – Федеральный закон (далее по тексту – ФЗ) от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ – состоит из трех разделов: I. Общие положения, II. Право собственности и другие вещные права, III. Общая часть обязательственного права. Часть вторая – ФЗ от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ – состоит из одного раздела: IV. Отдельные виды обязательств. Часть третья – ФЗ от 26 ноября 2001 г. №146-ФЗ – состоит из двух разделов: V. Наследственное право и VI. Международное частное право. Часть четвертая – ФЗ от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ – состоит из одного раздела: VII. Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. Отличием от структуры курса О.С. Иоффе является только то, что в ГК РФ нет раздела „Семейное право" и появился раздел „Международное частное право". Включение в ГК РФ раздела о международном частном праве вызвало дискуссии. В системе преподавания международное частное право, по-прежнему, является отдельной учебной дисциплиной и преподается в большинстве юридических вузов во взаимосвязи с международным публичным правом, а не гражданским правом. Однако, поскольку нормы международного частного права являются по своей сути коллизионными нормами, включение в состав ГК РФ обеспечивает непосредственную взаимосвязь их с материально-правовыми нормами остальных разделов Кодекса. Вопрос о применении норм материального права к конкретным отношениям решается на основе коллизионных норм. В настоящее время, когда судьба многих внешнеторговых контрактов, заключенных российскими фирмами со своими зарубежными контрагентами, зависит от действия введенных некоторыми государствами двухсторонних санкций, механизм взаимодействия и применения норм материального права и коллизионных норм, включенных в состав ГК РФ, может сыграть определенную позитивную роль при разрешении возможных внешнеэкономических споров.

Нельзя также не отметить, что последние годы в России осуществляется реформирование гражданского законодательства в соответствии с Концепцией развития гражданского законодательства, одобренной Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства Решением от 13 октября 2009 г. Пр-2745 (*Концепция развития гражданского законодательства*, 2009). В течение 2012–2015 г.г. были приняты федеральные законы, которыми в ГК РФ внесены многочисленные изменения и дополнения. (Работа по

реализации Концепции еще не завершена. В настоящее время в Госдуме РФ в процессе обсуждения находятся законопроекты, предусматривающие внесение изменений и дополнений в раздел II. „Право собственности и другие вещные права" части первой ГК РФ и раздел IV. „Отдельные виды обязательств" части второй ГК РФ. Возможно, оба закона будут приняты в осеннюю сессию Федерального Собрания 2015 года). Внесенные и проектируемые новеллы не затронули и не затронут общую структуру ГК РФ, она остается такой же, какая сложилась к 2008 г. – началу работы над Концепцией; в Концепции не предусматривается изменение общей структуры ГК РФ. Так что пока современность подтверждает жизненность системы гражданского права, разработанной О.С. Иоффе; Эта система сохраняется несмотря на радикальные социально-экономические и политические преобразования, осуществленные в России с конца XX столетия.

В современный период учебный курс О.С. Иоффе так же, как и другие его труды изучаются и используются, главным образом, теми, кто серьезно занимается проблемами гражданского права: магистрантами-исследователями, аспирантами, докторантами и вообще учеными–цивилистами и теоретиками. Учебный процесс строится на базе современных учебников. Авторские коллективы по-разному подходят к структуре учебника, иногда отступают от классической системы О.С. Иоффе. Так, например, своеобразием отличается программа курса, читаемого на юридическом факультете Московского госуниверситета им. М.В. Ломоносова. В Программе курса „Гражданское право" и, соответственно, в учебнике разделы „Наследственное право" и „Интеллектуальные права" отнесены к первой части курса, а вторую часть курса составляют разделы об обязательствах и договорах (*Российское гражданское право*, 2010; 2015). В Предисловии к учебнику ответственный редактор проф. Е.А. Суханов поясняет, что „Такая структура намеренно не копирует систему действующего Гражданского кодекса РФ (следуя которой теперь, например, необходимо было бы освещать положения об интеллектуальных правах после наследственного права), поскольку направлено на лучшее усвоение учебного материала" (*Российское гражданское право*, 2010, с. 28). Конечно, в учебной литературе не обязательно следовать системе Кодекса, но мотивация проф. Е.А. Суханова не выглядит убедительной. Вряд ли положения наследственного права усваиваются лучше от того, что они изучаются в первой части учебного курса. В системе же гражданского права, разработанной О.С. Иоффе, раздел „Наследственное право" расположен после разделов „Правоотношения, связанные с продуктами творческой деятельности" и „Семейное право".

Но вот коллективы петербургских ученых-цивилистов сохраняют заложенные О.С. Иоффе традиции и издают учебники, следуя его канонам. Так, был издан и неоднократно переиздается учебник коллектива кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского госуниверситета в трех томах; его структура совпадает, в принципе, со структурой учебного курса О.С. Иоффе (*Гражданское право*, 2009; 2014; 2003). Этот учебник был удостоен премии Правительства РФ в области образования. Особенностью структуры этого учебника является то, что раздел IV. „Отдельные виды обязательств" занимает не только весь второй том учебника, но и часть третьего тома, в который вошли Охранительные обязательства (обязательства, возникшие вследствие причинения вреда, и обязательства из неосновательного обогащения), Право интеллектуальной собственности, Семейное право и Наследственное право. По аналогичной схеме подготовлен учебник коллектива авторов под руководством проф. А.П. Сергеева, так же выдержавший несколько изданий (*Гражданское право*, 2012). Каждый из трех томов учебника под редакцией проф. А.П. Сергеева имеет посвящение „Светлой памяти Олимпиада Соломоновича Иоффе посвящается". Наличие таких двух трехтомных учебников, которые издаются и неоднократно переиздаются большими тиражами, свидетельствует о том, что заложенные О.С. Иоффе подходы к изучению гражданского права сохраняются и будут использованы и в дальнейшем следующими поколениями российских цивилистов.

Завершая настоящий очерк, хотел бы привести ту высокую оценку творческого вклада О.С. Иоффе, которая дана проф. А.Л. Маковским: „В отечественной цивилистике давно уже не было человека, сделавшего больше О.С. [Олимпиада Соломоновича Иоффе – К.Л.] для осмысления и даже возвеличения теории гражданского права. Речь идет не о той теории, которой все мы занимаемся, анализируя правовую норму, сопоставляя ее с другими и рассматривая ее практическое действие. Речь идет о цивилистической мысли человечества в целом и собственного отечества в частности как об огромном достижении цивилизации" (Маковский, 2000, с. 7). Несомненно, это так. Институты гражданского права в том их системном значении, которое выявлялось в исследованиях О.С. Иоффе, – неотъемлемая составная часть общих демократических институтов современного государства и общества.

Биографическая аннотация:

кандидат юридических наук, доцент кафедры коммерческого права Санкт Петербургского Государственного Университета.

Литература

Аверьянов, С. (1968). Профессор О. С. Иоффе – доктор honoris causa Лодзинского университета. *Правоведение*, (3), 155.

Алексеев, С. (2001). Борис Борисович Черепахин. *Черепахин Борис Борисович Труды по гражданскому праву*. Москва: Статут.

Блумберг, Ф., Макгил, Х., Янис, М., Глик, С. (2009). Олимпиад Соломонович Иоффе – выдающийся юрист XX века международного уровня. В: Г. Быстров (ред.), *Международный сборник научных трудов аграрных и юридических высших учебных заведений России, Украины, Белоруссии, Казахстана, других странах СНГ и государств ЕС. В двух томах. Том I. Правовое регулирование отношений в России, Украине, Белоруссии, Казахстане, других странах СНГ и государствах ЕС: состояние, проблемы, пути совершенствования*. Москва: Российская Ассоциация аграрного и природоресурсного права.

Гражданское право. (2014). Ю. Толстой, Н. Рассказова, (ред.). Том 2. Москва: Проспект.

Гражданское право. (2012). А. Сергеев, (ред.). Том 1–3. Москва: ТК Велби.

Гражданское право. (2009). Ю. Толстой, (ред.). Том 1. Москва: Проспект.

Гражданское право. (2003). А. Сергеев, Ю. Толстой, (ред.). Том 3. Москва: ТК Велби, Проспект.

Грешников, И. (2010). Предисловие. В: О. Иоффе, *Избранные труды*. Т. IV. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Диденко, А. (2015). *Вызовы времени. Теория юридических фактов и ее отражение в правовой действительности*. Алматы: Раритет.

Диденко, А. (2013). Теория гражданского права: вызовы времени. *Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика*. Алматы: Раритет.

Диденко, А. (2010). Последние годы жизни и творчества О. С. Иоффе. В: О. Иоффе, *Избранные труды*. Т. IV. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Иванов, А. (2004). Ученый и власть. Жизнь и деятельность А. В. Венедиктова (1887–1959). В: А. Венедиктов, *Избранные труды по гражданскому праву*. Т. 1. Москва: Статут.

Иоффе, О. (2010). *Избранные труды*. Т. IV. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Иоффе, О. (2004). Обязательственное право. *Избранные труды*. Т.III. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Иоффе, О. (2004а). Советское гражданское право. *Избранные труды*. Т. II. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Иоффе, О. (2003). Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву. *Избранные труды*. Т. I. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Иоффе, О. (2003а). Россия: досоветская, советская, постсоветская. В: *Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика*. Вып. 15–17. Алматы: б/и.

Иоффе, О. (2002). Россия: досоветская, советская, постсоветская. В: *Гражданское законодательство. Статьи. Комментарии. Практика*. Вып. 13–14. Алматы: б/и.

Иоффе, О. (2001). О смешном и необычном. В: *Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика*. Выпуск 11. Алматы: Баспа.

Иоффе, О. (2001а). О смешном и необычном. В: *Гражданское законодательство Республики Казахстан: Статьи, комментарии, практика*. Выпуск 10. Алматы: Баспа.

Иоффе, О. (2000). *Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории „хозяйственного права"*. Москва: Статут.

Иоффе, О. (1967). *Советское гражданское право*. Москва: Юридическая литература.

Иоффе, О. (1965). *Советское гражданское право. Курс лекций. Часть III. Правоотношения, связанные с продуктами творческой деятельности. Семейное право. Наследственное право. Учебное пособие для высш. юрид. учеб. заведений*. Ленинград: Издательство Ленинградского университета.

Иоффе, О. (1961). *Советское гражданское право. Курс лекций. Часть II. Учебное пособие для высш. юрид. учеб. заведений*. Ленинград: Издательство Ленинградского университета.

Иоффе, О. (1958). *Советское гражданское право. Курс лекций. Часть 1. Учебное пособие*. Ленинград: Издательство Ленинградского университета.

Иоффе, О. (1957). *Обязательственное право*. Москва: Юридическая литература.

Иоффе, О., Райхер, В., Толстой, Ю. (1968). *Анатолий Васильевич Венедиктов: Очерк жизни и деятельности*. Ленинград: Издательство Ленинградского университета.

Иоффе, О., Толстой, Ю. (1965). *Новый Гражданский кодекс РСФСР*. Ленинград: Издательство Ленинградского университета.

Иоффе, О., Толстой, Ю. (1962). *Основы советского гражданского законодательства*. Ленинград: Издательство Ленинградского университета.

Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. (2009). Москва: Статут.

Кравцов, А. (2006). Жизненный путь профессора Я. М. Магазинера. В: Я. Магазинер, *Избранные труды по общей теории права*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Кротов, М. (2008). Самуил Исаакович Аскназий. В: С. Аскназий, *Основные вопросы теории социалистического гражданского права*. Москва: Статут.

Лебедев, К. (2011). Выдающийся российский цивилист О. С. Иоффе (к 90-летию со дня его рождения). В: В. Попондопуло, *Российский ежегодник предпринимательского (коммерческого) права. № 4. 2010*. Санкт-Петербург: Университетский издательский консорциум „Юридическая книга".

Лебедев, К. (2007). Как создается капитализм: размышления О. С. Иоффе об исторических предпосылках и перспективах постсоветской России. В: В. Попондопуло, Д. Нефедова (ред.), *Актуальные проблемы науки и практики коммерческого права*. Вып. 6. Москва: Волтерс Клувер.

Лебедев, К. (2004). Достояние российской цивилистики: концептуальная и всесторонняя разработка проблем обязательственного права. В: О. Иоффе, *Избранные труды*. Т. III. Обязательственное право. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Маковский, А. (2010). *О кодификации гражданского права (1922–2006)*. Москва: Статут.

Маковский, А. (2000). Предисловие. В: О. Иоффе, *Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории „хозяйственного права"*. Москва: Статут.

Попондопуло, В. (2003). Предисловие. В: О. Иоффе, *Избранные труды*. Т. I. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Потюков, А. (2010). Воспоминания об О. С. Иоффе. В: О. Иоффе, *Избранные труды*. Т. IV. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Российское гражданское право. Т. II. Обязательственное право. (2015). Е. Суханов (ред.). Москва: Статут.

Российское гражданское право. Т. I. Общая часть. Вещное право. Наследственное право. Интеллектуальные права. Личные неимущественные права. (2010). Е. Суханов (ред.). Москва: Статут.

Сергеев, А. (2009). Выдающийся российский ученый, доктор юридических наук, профессор О. С. Иоффе (1920–2005 г.г.). В: Г. Быстров (ред.), *Международный сборник научных трудов аграрных и юридических высших учебных заведений России, Украины, Белоруссии, Казахстана, других странах СНГ и государств ЕС. В двух томах. Том I „Правовое регулирование отношений в России, Украине, Белоруссии, Казахстане, других странах СНГ и государствах ЕС: состояние, проблемы, пути совершенствования"*. Москва: Российская Ассоциация аграрного и природоресурсного права.

Сергеев, А. (2004). Предисловие. В: О. Иоффе, *Избранные труды*. Т. II. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Толстой, Г. (1970). *Кодификация гражданского законодательства в СССР. 1961–1965 г.г.* Ленинград: б/и.

Толстой, Ю. (2012). *Из пережитого*. Москва: Проспект.

Толстой, Ю. (2007). *Страницы воспоминаний: Б.Б. Черепахин, О. С. Иоффе*. – Москва: ТК Велби, Проспект.

Толстой, Ю. (2006). *Заметки о научной деятельности О. С. Иоффе*. 2-е изд. Москва: ТК Велби, Проспект.

Толстой, Ю. (2005). *Заметки о научной деятельности О. С. Иоффе*. Москва: ТК Велби, Проспект.

Фаддеева, Т. (2004). Заметки об Учителе (воспоминания). В: О. Иоффе, *Избранные труды. Т.II. Советское гражданское право*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Фиттипальди, Э. (2014). Психосоциология прав человека: две петражицкианские перспективы. В: М. Антонов, И. Честнов (ред.), *Коммуникативная теория права и современные проблемы юриспруденции: к 60-летию Андрея Васильевича Полякова. Коллективная монография в 2 т. Т. 1. Коммуникативная теория права в исследованиях отечественных и зарубежных ученых*. Санкт-Петербург: Издательский Дом „Алеф Пресс".

Хаскельберг, Б., Тузов, Д. (2006). Памяти О. С. Иоффе. В: Б. Хаскельберг, Д. Тузов (ред.), *Цивилистические исследования. Ежегодник гражданского права*. Вып. 2. Москва: б/и.

Хаскельберг, Б., Тузов, Д. (2005). Памяти О. С. Иоффе. В: Б. Хаскельберг, Д. Тузов (ред.), *Цивилистические исследования. Ежегодник гражданского права*. Москва: б/и.

Шилохвост, О. (2000). Список трудов О. С. Иоффе. В: О. Иоффе, *Избранные труды по гражданскому праву: Из истории цивилистической мысли. Гражданское правоотношение. Критика теории „хозяйственного права"*. Москва: Статут.

Яковлева, В. (2003). Заметки об Учителе (воспоминания). В: О. Иоффе, *Избранные труды. Т. I. Правоотношение по советскому гражданскому праву. Ответственность по советскому гражданскому праву*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Wybitny teoretyk prawa cywilnego. Dla upamiętnienia 95. rocznicy urodzin Olimpiada S. Joffego

Streszczenie

W niniejszym artykule, a dokładniej – w szkicu naukowym, zaprezentowano historiograficzny przegląd najważniejszych kierunków twórczości jednego z najwybitniejszych cywilistów rosyjskich – profesora O.S. Joffego. W szkicu znalazły się wspom-

nienia o profesorze Joffem jego kolegów i uczniów. Szkic zawiera ponadto informacje o licznych publikacjach poświęconych pracom O.S. Joffego. Autor niniejszego szkicu wyjaśnia także znaczenie opracowanego przez O.S. Joffego systemu prawa cywilnego dla kodyfikowania i systematyzowania współczesnego rosyjskiego prawa cywilnego.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, system, myśl cywilistyczna, spuścizna naukowa, cykl dydaktyczny.

Valery Abramovich Musin – the perfect lawyer

Walery Abramowicz Musin – jurysta doskonały

URSZULA MOSKWA

Summary

Professor Valery Abramovich Musin was born in 1939 in Leningrad. He is an outstanding, well-known in Russia and abroad expert in the field of civil law, maritime law, private international law, civil procedure, international commercial arbitration, and legal problems of foreign trade. His scientific career is inextricably associated with Saint Petersburg State University (Leningrad State University), where he went through all the stages of his academic career: Assistant – Associate Professor – Professor. Since 1989, Mr. Musin serves as a head of the Department of Civil Procedure of the Faculty of Law at SPbGU. He is a corresponding member of the Russian Academy of Sciences, a director of the Saint Petersburg Branch of the Institute of State and Law of the RAS. Valery Musin is an author of more than 250 publications (in Russian and English languages), including numerous monographs and textbooks. Professor Musin took an active part in the drafting of the Merchant Shipping Code of the Russian Federation (1999) and the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation (2002). He is known as a top-class professional, equally successful in theory and practice. In June 1992, Valery Abramovich along with Andrei Taledovich Ibragimov established the joint stock company "Musin, Ibragimov and Partners", where he currently serves as a senior partner. In 2009, Mr. Musin has been elected an independent director of the Gazprom Board of Directors.

Key words: expert, independent director, correspondent member, civil procedure, commercial arbitration.

On December 3, 2013, the President of the Russian Federation Vladimir Vladimirovich Putin met with students of the Lomonosov Moscow State University celebrating Lawyer's Day. In his speech, Mr. Putin motivated students to work independently, to focus not only on legal theory but also on the practical knowledge. The best example of a "perfect lawyer", according to the President, is Valery Abramovich Musin – a Professor at the Saint Petersburg State University, the Head of the Department of Civil Procedure and one of President's mentors. Moreover, Vladimir Vladimirovich admitted that he feels like an "incompetent person" in Professor's company. "We have such a specialist – Valery A. Musin, whatever you ask him, he knows everything, sometimes it seems to me that he is not human. You open a book, check – it is correct," said Mr. Putin. He added: "Of course, you have to understand that in order to achieve this level, you need to work hard. And it has to be clear that a real expert is not imposer who, thanks to his connections, enters big companies, but someone who is a specialist, a true specialist" (Prihodko, 2013, p. 5).

Professor Musin was born on March 28, 1939 in Leningrad. From his early school years, Valery Abramovich had no doubts that humanities were his primary area of interest. As he admitted, with the great sense of humor, unfortunately he could not always avoid mistakes on his algebra worksheets. Following his graduation, he enrolled at the Faculty of Law at the Leningrad State University (today Saint Petersburg State University). He was a very good student – focused, hardworking. In 1961, Valery Abramovich started Ph.D. program at the Department of Civil Law. Thesis titled *Public entities in the USSR (the concept and characters)* Professor Musin defended in 1964.

1. Scientific work

Mr. Musin worked at the Central Marine Research and Design Institute in Leningrad from 1964 to 1967. Institute, founded in 1929, is the leading scientific organization in the field of maritime transport (shipping industry) in the Russian Federation. It deals with almost all the problems of the industry. It also serves as a main advisor for the Ministry of Transport of the Russian Federation.

Valery Abramovich Musin has been working at the Faculty of Law of Saint Petersburg State University since 1967. He started as an assistant at the Civil Law Department (from 1967 to 1969). Thereafter, he began a steady climb up the academic ladder, eventually reaching the highest positions. From 1969 until 1980, he served as an associate professor at the Civil Law Department. Valery Abramovich defended his doctoral thesis in 1978. As the

topic of his dissertation, he had chosen "The contract of marine insurance according to Soviet and foreign law (insurance of ships and cargoes)". In 1980, he reached the position of a Professor at the Civil Law Department. Since 1989 Mr. Musin is a head of the Department of Civil Procedure of the Faculty of Law at Saint Petersburg State University. Founded in 1724, Saint Petersburg State University is the oldest institution of higher education in Russian Federation. During the 290 years of its existence, University secured the right to be acknowledged as one of the best institutions of higher education. Its Faculty of Law is one of the oldest schools, which prepares its students to serve as exceptional lawyers, as well as one of the largest research centers of the Russian Federation. Professor Musin made a significant contribution to the Department's of Civil Procedure development. He is also a member of two Dissertation Councils at the Saint Petersburg State University.

Professor Musin has been teaching civil law and legal issues of foreign trade for over 40 years now. This academic year he has been delivering lectures on "The foreign trade transactions and related disputes", as well as on "International Commercial Arbitration" – the latter in both Russian and English (in which he is fluent). Valery Abramovich has also been invited as visiting Professor to numerous foreign institutions, such as Stetson University College of Law (St. Petersburg, Florida, USA, 1990), Case Western Reserve University and Cleveland State University (Cleveland, Ohio, USA, 1992, 1993 and 1998), Haas School of Business, University of California, Berkeley (Berkley, California, USA, 1996), University of Tromsø (Norway, 2006), and the Hague Academy of International Law (the Netherlands, 2009). Mr. Musin is a frequent lecturer, on topics involving legal environment for foreign investments in the Russian Federation, for legal practitioners and businesspeople both in Russia and abroad.

During his years of teaching, Professor Musin worked with many young people. Until today, he has been conducting workshops for his Master's and Ph.D. students. Among great young lawyers, he had been of assistance to, few are without any doubts worth mentioning. Between 1985 and 1987, he was the supervisor of student Ilya Vladimirovich Eliseev on the thesis titled "Concept and features of foreign trade". Since 2005, Mr. Eliseev serves as Deputy Chairman of the Management Board of "Gazprombank". Two most famous out of Mr. Musin's students, however, are two Presidents of Russian Federation: former – Dmitry Anatolievich Medvedev and current – Vladimir Vladimirovich Putin. Valery Abramovich remembers both of them. President of the Russian Federation was described by his Professor as a good, meticulous student; the one who is industrious and clever, but very well balanced at the same time. "Vladimir Putin and Dmitry Medvedev are grad-

uates of the Faculty of Law of the Saint Petersburg State University. There are not enough fingers, to list all of their teachers. Another thing is that Valery Musin is one of those, who students love. In his lectures the classroom is always packed" – said once a senior managing partner and a co-owner of the law firm "Musin and Partners" Andrei Taledovich Ibragimov (Shleynov, 2009). According to Vyacheslav Nikolaevich Manukhin, an old friend of Valery Abramovich, "Musin had an important influence on lives of the President and the Prime Minister", having added that they do find time to communicate with their former Professor (Shleynov, 2009, p. 34).

Valery Abramovich serves as a corresponding member of the Russian Academy of Sciences. He is a member of the Department of Social Sciences in philosophy, political science, sociology, psychology, and law section. It is worth mentioning, that only the most outstanding academics are invited to join. Members of RAS are elected based on their scientific contributions (outstanding scientific work, work of primary scientific importance)[1]. Election to membership is considered very prestigious, since its foundation in 1724 (the establishment was first opened in 1725 in Saint Petersburg as the Academy of Sciences and Arts), RAS became one of the most important scientific societies in the world. In 2002, Professor Musin was appointed a director of the Saint Petersburg Branch of the Institute of State and Law of the Russian Academy of Sciences.

2. Legal Practice

In June 1992, Valery Abramovich Musin along with Andrei Taledovich Ibragimov (and two other Saint Petersburg lawyers) established the joint stock company "Musin, Ibragimov and Partners". Company was opened in association with "Clyde & Co" – one of the major commercial law firms in the United Kingdom. British-Russian law company "Musin, Ibragimov and Partners" specializes in the fields of international trade and finance, property, taxes, insurance, commercial transactions, commercial litigation, registration of companies in Russia and associated matters. Mr. Musin serves in the firm as a senior partner.

Over the period 1990–2015 Valery Abramovich was repeatedly appointed as an Arbitrator of foreign arbitration institutions, such as the Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce (the Institute provides dispute resolution services to the Swedish and international business communities), the Arbitration and Dispute Resolution Institute of the Oslo

[1] See: official website of Russian Academy of Sciences: https://www.ras.ru/.

Chamber of Commerce (which is also a well-known international forum), as well as the London Court of International Arbitration (one of the world's leading international institutions for commercial dispute resolution). In 1995, Professor Musin was chosen as a Chairman of the Arbitration Court at the Saint Petersburg Chamber of Commerce and Industry (an independent permanent court under the Saint Petersburg Chamber of Commerce and Industry). Also from that year, he serves as an arbitrator of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation in Moscow. The court serves as an independent permanent arbitration institution (the arbitration court), which is a part of the legal institution of international commercial arbitration. It is the leading arbitration court in Russia and East European countries, which deals with resolving disputes of international character.

Council of Europe Commission "To Democracy through Law" (Venice Commission) is a Council of Europe's advisory body on constitutional matters. Its individual members are experts in the field of law, especially constitutional and international law. It is composed of university professors of public and international law, supreme and constitutional court judges, members of national parliaments and a number of civil servants. They are designated by the member states, but act in their individual capacity. Commission to Democracy through Law is mainly engaged in constitutional law in a broad sense: not only the Basic Laws of individual countries and amendments to them, but also, e.g. electoral rights, the right of minorities and protection of human rights by the ombudsman institutions. The role of the Venice Commission is to provide legal advice to its member states and, in particular, to help states wishing to bring their legal and institutional structures into line with European standards and international experience in the fields of democracy, human rights and the rule of law. "It also helps to ensure the dissemination and consolidation of a common constitutional heritage, playing a unique role in conflict management, and provides "emergency constitutional aid" to states in transition"[2]. Valery Abramovich Musin was a substitute member of the Council of Europe Commission "To Democracy through Law" in 2006–2009. At that time, Valery Dmitrievich Zorkin served as a member of the Commission. Since 2003, Mr. Zorkin is a Chairman of the Constitutional Court of the Russian Federation.

Valery Musin was an ad hoc Judge of the European Court of Human Rights in 2006–2009. He was appointed by the Kremlin to sit on the case filed by former Yukos management, after Russia's permanent judge at the Stras-

---

[2] See: official website of The Venice Commission of the Council of Europe: http://www.venice.coe.int/.

bourg court, Anatoly Ivanovich Kovler, withdrew[3]. In 2009, however, the situation brought Valery Abramovich to step down as well. On June 26, at the general meeting of shareholders of Gazprom, he was elected to the Board of Directors, as an independent member. In this situation, impartiality of the judge could have been in question. "I believe that my election to the Gazprom board does not influence my impartiality, but since the court registrar himself has raised the question, to rule out any doubts about this, I decided to withdraw," he said (Pushkarskaya and Pleshanova, 2009, p. 1). Valery Musin followed the practice established in the Court. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as well as the rules of the Court provides that judges shall not be engaged in any political, administrative or professional activity that is incompatible with their independence and impartiality. The European Court of Human Rights interprets such a situation in the way that the national judge, who in his own country serves as a state employee or just joined the company with the prevailing state participation, must terminate its participation in the proceedings. On June 31, after sending the note with his final decision Mr. Musin explained: "In the letter, I noted that I had been nominated as an independent director of Gazprom by minority shareholders and as a lawyer, I see my duty in reviewing the legality of the company's actions" (Pushkarskaya and Pleshanova, 2009, p. 1). Not long after, a new judge has been appointed to represent Russia in the European Court of Human Rights ahead of a trial in the so-called Yukos case – Mr. Andrei Bushev.

3. Others

As mentioned above, in 2009, Valery Abramovich Musin has been elected an independent director of the Gazprom Board of Directors. Musin received the second highest number of votes from shareholders at the meeting after Alexei Miller, the company CEO. Valery Abramovich replaced an independent director Boris Griegorevich Fyodorov, who was a member since 2000, but died in the late 2008. Currently Board of Directors of Gazprom consists of 11 members: Viktor Alexeevich Zubkov (Russian Special Presidential Representative for Cooperation with Gas Exporting Countries Forum), Alexey Borisovich Miller (Chairman of the Management Committee, Gazprom), Andrey Igorevich Akimov (Chairman of the Management Board, Gazprombank), Farit Rafikovich Gazizullin Timur Askarovich Kulibaev (Chairman of the Legal Entities Association "Kazakhstan Association of Oil,

[3] Rule 29 par 1(a) of the Rules of the Court (1 April 2011).

Gas and Energy Sector Organizations", Chairman of the Presidium of the National Economic Chamber of Kazakhstan),Vitaly Anatolyevich Markelov, (Deputy Chairman of the Management Committee, Gazprom), Viktor Georgievich Martynov (Rector of Gubkin Russian State University of Oil and Gas), Vladimir Alexandrovich Mau (Rector of the Russian Presidential Academy of National Economy and Public Administration), Andrey Yurievich Sapelin (First Deputy Chairman – Management Committee Member of Bank for Development and Foreign Economic Affairs – Vnesheconombank), Mikhail Leonidovich Sereda (Deputy Chairman of the Management Committee – Head of the Administration of the Management Committee, Gazprom), and, of course, Valery Abramovich Musin. However, this year composition of the Board is about to change (Volkova, 2015). He remains the only lawyer on the Board. Since 2010, Mr. Musin has been acting as a Chairman of the Audit Committee under the Board of Directors.

Professor Musin is a member of the Scientific Council at the Supreme State Court of the Russian Federation and of the Scientific Council of the State Arbitration Court of the North-Western Circuit. He also serves as an advisor of the Constitutional Court of the Russian Federation. It is also worth mentioning that Valery Abramovich is a member of the Supreme Qualification Collegium of Judges, which is responsible for recommending candidates for judges to the President.

Professor Musin is a board member of the Association of Lawyers of Russia (the interregional branch for Saint Petersburg and Leningrad region). Main tasks of the Association are contribution to the process of formation of the rule of law, realization and protection of economic, social and cultural rights and freedoms of citizens, strengthening the rule of law, and eliminating barriers between lawyers in the region, meeting their professional interests[4].

By the Decree of the President of the Russian Federation, in 2002, Mr. Musin was awarded the Order of Merit ("Орден Почёта") for achievements in research and teaching, and for many years of diligent work[5]. Earlier that year, he was given the honorary title "Honored Scientist of the Russian Federation" ("Заслуженный деятель науки Российской Федерации") for achievements in the field of science[6].

---

[4] See: official website of the Association of Lawyers of Russia for St. Petersburg and Leningrad region: http://www.spbalrf.ru/.

[5] Указ Президента Российской Федерации от 10 октября 2002 года № 1148 «О награждении государственными наградами Российской Федерации».

[6] Указ Президента Российской Федерации от 22 января 2002 г. № 79 «О награждении государственными наградами Российской Федерации».

In August 2006, Valery Abramovich was granted the so-called "Gratitude of the President of the Russian Federation" ("Благодарность Президента Российской Федерации") for active participation in the preparation and carrying out of the international conference "The influence of European Convention on Human Rights on the development of legal systems in European countries" of June 29–30, 2006 in the city of Yaroslavl[7]. Only four years later, Valery Abramovich was presented with the Order "For Merit to the Fatherland" (Орден «За заслуги перед Отечеством») IV class – for achievements in the fields of education, science and great contribution to the training of qualified specialists[8]. The order is the highest civilian decoration of the state. In 2013, Professor was awarded the "Lawyer of the Year" (by the Association of Lawyers of Russia) in the nomination "for contribution to the development of legal science".

4. Publications

Professor Musin took an active part in the drafting of the Merchant Shipping Code of the USSR in 1968[9] and the Merchant Shipping Code of the Russian Federation in 1999[10]. The new Merchant Shipping Code of the Russian Federation, which entered into force on 1 May 1999, summed up the entire era of the development of maritime transport of the country. It was the third Code adopted in the XX century: first the Merchant Shipping Code of the USSR was adopted in 1929, the second – in 1968.

Valery Musin is an author of more than 250 publications (in Russian and English languages), including numerous monographs and textbooks. His achievements covers the entire range of scientific interests. One can find publications on various aspects of civil law, and civil procedure, as well as international private law, foreign trade, maritime law, and international commercial arbitration. In 2014, the compilation of the work of Professor Musin was published. The book titled *V.A. Musin. Selected works* (*В.А. Мусин. Избранное*) is a part of the series: "Library Journal „Arbitral Tribunal"„. The book includes the following sections: "Questions of insurance", "Arbitration. International Commercial Arbitration. Interaction of

---

[7] Распоряжение Президента Российской Федерации от 21 августа 2006 года № 383-рп «О поощрении».

[8] Указ Президента Российской Федерации от 16 июня 2010 года № 745 «О награждении государственными наградами Российской Федерации».

[9] Указ Президиума Верховного Совета СССР от 17 сентября 1968 г. N 3095-VII «Об утверждении Кодекса торгового мореплавания Союза ССР».

[10] Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. N 81-ФЗ.

arbitration and state courts", "Civil and arbitration process", "The practice of the European Court of Human Rights", "Private International Law. Commercial law. International civil procedure", as well as a bibliography. The book was first presented on November 13, 2014, in Moscow in the Russian Union of Industrialists and Entrepreneurs, where the Second All-Russian forum of arbitration, mediation and the business community, dedicated to the 15th anniversary of the All-Russian magazine "Arbitral Tribunal" was held. According to the press release, "the book had made undeniable impression"[11].

Professor's doctoral thesis *The contract of marine insurance according to Soviet and foreign law (insurance of ships and cargoes)*, defended in 1978, served as a base for his detailed research on this particular subject. His study made him, with no doubts, a well-known specialist in this matter (it involved also the problems of the atomic energy and marine nuclear activities). Professor Musin's reflections on that topic have been issued since 1970s: *The nature and subject of marine insurance on Soviet and foreign law* (1971), *Marine Insurance* (1972, book with V.A. Vasiliev and L.M. Fedorov), *Legal problems of marine nuclear activities* (1974, book with S.A. Malinin), *Nuclear energy and marine insurance issues in international and foreign law* (1974, with S.A. Malinin), *Conclusion of the contract of marine insurance to the benefit of the third party* (1976), *Questions of the cargo insurance in international trade* (1987), *Marine Insurance for the Northern Sea Route* (1988), *Nuclear ships (international legal problems)* (1989, book with M.E. Volosov, A.I. Ioyrish), *Nuclear merchant ships and marine insurance questions according to contemporary international law* (1990). In 2000, Valery Abramovich became the co-author of the Commentary to the Merchant Shipping Code of the Russian Federation (already in 1973 he was one of the co-authors of the Commentary to the Merchant Shipping Code of the USSR). He was already the undisputed authority in the field. His comments on Chapter XV ("Contract of marine insurance") have been invoked in numerous scientific publications. Mr. Musin is also an author of Chapter 15 („Marine Insurance") of the textbook *Law of the sea* (2006, ed. by V.F. Sidorchenko, V.M. Krotov), which is a course book, prepared by professors and associate professors of the law faculty of Saint Petersburg State University. It consists of detailed descriptions of basic legal institutions of international and Russian maritime law and the application of the law of the sea in practice of commercial shipping and arbitration practice.

For many years, Valery Musin has been dealing with the issues regarding arbitration (international commercial arbitration, interaction of arbitra-

---

[11] See: Объединение Корпоративных Юристов, Пресс Релизы: http://xn--j1ahh9c.xn--p1ai/news/action_partners1.shtml?id=572&grid=1.

tion and the state courts). With his vast theoretical knowledge and practical experience, he is one of the high-class specialists in the field. Professor serves as the editor of "Arbitral Tribunal Journal", one of the leading journals in the Russian Federation. The vast number of publications on that subject makes a true impression. As for the articles, of course, it is not possible to list all of them here. It would be, however, a crucial mistake not to recall at least few titles: *Arbitration clause in foreign trade contracts and the problem of succession* (2000), *On the principles of competition and optionality in the new Code of Arbitration Procedure of the Russian Federation* (2002), *Arbitration Court at the St. Petersburg Chamber of Commerce: tradition, professionalism, credibility* (2002), *International Commercial Arbitration and International Maritime Law from a German and Russian Perspective (2004), Security measures of the arbitral tribunal* (2004), *Some specific features of participation of foreign persons in the in the arbitration proceedings* (2004), *On the relationship between State Arbitrational Tribunals and non-State Arbitrational Tribunals (Tretyeyskiy Sud)* (2004), *Regulations of civil and international private law in practice of the International Commercial Arbitration Court* (2007), *Third parties in the arbitration court* (2008), *On the limits of the arbitration agreement* (2009), *On some issues related to the recognition and enforcement of foreign state and arbitration courts decisions in the Russian Federation* (2011), *International Commercial Arbitration in Russia and abroad* (2014). In 2003, Valery Abramovich became co-author of the Commentary on the Federal Law "On Arbitration Courts in the Russian Federation"[12]. His comments regarded art. 24, 25, 42, 44–46.

Reflecting on the Valery Musin's contribution to the development in the described field, particular attention should be paid to the series "Library Journal „Arbitral Tribunal"„. In 2004, *Arbitration Court. Commentary on legislation* was published. The book, edited by Professor Musin, was prepared by the team of authors representing not only Moscow and Saint Petersburg, but also specialists from Armavir, Ekaterinburg, Novosibirsk and Saratov. The editor has collected professional commentaries on modern procedural legislation in the field of arbitration, in particular: the Federal Law „On Arbitration Courts in the Russian Federation", chapters 30 and 31 of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation, chapters 46 and 47 of the Civil Procedure Code. *International Commercial Arbitration. Commentary on legislation*, the next volume out of the series mentioned above, was issued in 2007. Just like the previous position, it was edited by Valery Abramovich (with A.S. Komarov and S.N. Lebedev). Publication is considered to be the first

[12] Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации».

and the only commentary on the domestic law of the Russian Federation „On International Commercial Arbitration"[13].

Mr. Musin is an author (a co-author) of numerous textbooks. *International commercial arbitration. The textbook* was published in 2012 as a part of the series "Library Journal „Arbitral Tribunal"„. Valery Abramovich edited the work and addressed the issue of "the oral hearing as a main stage of arbitrational proceedings". Meticulously prepared volume is filled with detailed descriptions of institutions, basic concepts and definitions, national and international sources of international arbitration, the procedural features and capabilities of the parties and other participants of the arbitration proceedings, which they have from the moment of drafting the arbitration agreement and submitting the dispute to arbitration, until the award is issued and enforced.

A unique place, among the areas of law that remains of interest to Professor Musin, takes a case law of the European Court of Human Rights. Valery Abramovich is an expert on the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; he served as an ad hoc judge in the ECHR. In his scientific work, he took special interest in few cases: „Bellini v. Italy" (2004), „Donmec v. Turkey" (2004), "Poltorachenko vs Ukraine" (2005), "Kacmar vs. Slovakia" (2004). Articles concerning those cases were published in the "Arbitral Tribunal Journal". Those are, however not the only achievements in this scientific area. In *Recent Case Law of the European Court of Human Rights: an Overview*, published in 2007 in "International Journal of Legal Information", Valery Musin emphasizes the meaning of the interpretation and application of norms contained in international treaties. "In order to make European countries closer to each other it is very important to ensure unified interpretation and application of norms contained in international treaties. Such harmony between countries requires us first to consider the terms in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms," he wrote.

On December 10, 2014, the Constitutional Court in St. Petersburg held XI Senate readings on the "Judicial Protection: the relation between national and international justice". Professor Musin presented his thoughts on "The relationship of the national courts and the European Court of Human Rights". Of course, Valery Abramovich notes that Russia shows unconditional respect for the decisions of the ECHR. However, according to him, in recent years national courts and the ECHR entered a new stage of relations, which can be called a "restart". The main problem, according to the academ-

---

[13] Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-I «О международном коммерческом арбитраже».

ic, is to find a compromise in determining the competences of the European Court of Justice and the ones of national courts. „It [ECHR] began to make decisions that cause negative reactions of the States which believe the Court went beyond its competence", said Professor Musin and referred to the case of "Konstantin Markin vs. Russia". "A polite but firm response to the European Court is needed. The Russian Constitutional Court reserves the right to the last word. And it is right to do so". Valery Abramovich emphasized that decisions of ECHR should not be contrary to public policy of any State.

As it was already mentioned, in the enormously impressive collection of scientific works of Professor Musin, one can find several textbooks. Already during the early years of his scientific career, Valey Abramovich became one of the authors of the *Soviet Civil Law. Textbook* in two volumes (1971). It should be added, that Professors O.S. Ioffe, G.K. Tolstoi, and B.B. Cherepakhin edited the publication. Second edition of the *Soviet Civil Law* was issued in 1982. In 1974, O.S. Ioffe and V.A. Musin wrote *Fundamentals of Roman civil law. Manual for students*. Valery Abramovich is an author of second chapter – "Persons". Another significant textbook, among the authors of which one can find Mr. Musin was titled *Civil and commercial law in the capitalist countries. Textbook* (ed. by M.I. Kulagin, V.P. Mozolin).Volume was published in 1980.

International trade contracts: Textbook (1986) by V.A. Musin was very well received by the scientific community. The book outlines the main legal issues related to international trade contracts. The volume was issued in a perfect time – the need for such a manual had increased significantly due to the reforms of foreign trade policy in the Russian Federation (ministries, departments and large enterprises were granted the right of direct access to foreign markets). Many saw the need for a brief and concentrated presentation of the basic principles of legal regulation on contractual relations in foreign trade. Undoubtedly, the author meets their needs. What makes the book even more relevant is the method of presentation adopted by the academic. Certain problems of legal regulation on foreign sales are described in comparison with the provisions of the Soviet economic legislation. That brought Valery Abramovich to highly valuable conclusions. Worth mentioning is also an article *Legal environment for foreign investments in Russia: general overview with specific reference to tax considerations and repatriation of profits* published after the international conference in Miami in 2005 (in the collection of scientific papers "Investments and Law").

In 1996, first edition of a textbook *Civil Procedure* was published. Professor Musin served as one of editors of the book. He also addressed certain issues himself – he is an author of five chapters: "Jurisdiction of cases in the civil proceedings", "Arbitral Tribunal", "The legal status of foreigners and

stateless persons in the Russian civil procedure", "Claims against foreign states", "International cooperation in the field of civil proceedings". In 2010, Musin was among the authors of *Commercial law* textbook in two volumes (ed. by V.F. Popondupolo).

The most spectacular book published by Valery Musin over last few years is positively *Russian Law in Brief: Digest for foreign investors* (in English). Together with a Rector of the Saint Petersburg State University N.M. Kropachev, Mr. Musin provided foreigners with a comprehensive review of the Russian legal system. The Edition explains court system, legislative rules referred to business with foreign investors, encompasses the major changes and development in law, examines in details the renewed Russian legislation. It is prefaced by the former President of the Russian Federation, Mr Dmitri Medvedev. The book was presented on April 15, 2011 in the Ledra Business Centre in Nicosia, Cyprus. "The book, presented today for the first time in front of a Cyprus audience, is a very successful effort to provide the foreign reader with fundamental knowledge of the law and court system of the Russian Federation. This effort takes on particular importance given the well-established business and friendship relations between Russia and Cyprus that go back many centuries" – said Minister of Commerce, Industry and Tourism of Cyprus, Mr. Antnis Paschalides. He also added, that *Russian Law in Brief: Digest for Foreign investors* comes at the right time to fill in the gap in the literature. Even though numerous books have to date been published on Russian Law, it is the first time that a book explicitly targets foreign investors"[14].

*

Currently Professor Musin is actively involved in the reforms of Russia's judicial system. Already in June 2014, system of higher Russian courts was amended. The essence of the reform: since August 6, 2014 single Supreme Court (SC) of the Russian Federation, replaced the existing Supreme Court and the Supreme Arbitration Court (SAC). The Supreme Court is now the highest judicial body of the Russian Federation for civil, criminal, administrative and other cases, as well as for economic disputes, which served as a crucial factor in deciding the need for uniformity of legal proceedings. Valey Abramovich became a member of the working group of specialists, established in 2014 by the Committee on Civil, Criminal, Arbitration and Procedural Legislation, which is focused on unification of civil and arbitra-

---

[14] See: Ministry of Commerce, Industry and Tourism of Cyprus, official website: http://www.mcit.gov.cy/mcit/mcit.nsf/All/14172DB46D9301DDC2257876001A887E?OpenDocument&print.

tion procedure legislation and establishment of the concept of a single Code of Civil Procedure. "The concept of the project called „The Code of Civil Procedure" includes all of the existing optimal norms. For example, the rules of e-justice system are taken from the Arbitration Procedure Code, while those on the court orders from the Civil Procedure Code. There are no serious arguments between specialists, but completion of the project is still far – I think at least a year", commented Valery Abramovich in one of the interviews (Pushkarskaya, 2014, p. 13).

Biographical reference:

Author is a Ph.D. student at Moscow State Institute of International Relations (Московский государственный институт международных отношений (Университет) МИД России).

References

Prihodko, V. (2013). Putin vyistupil v roli Medvedeva. *Moskovskij Komsomolet,* 03.12.13, 5–6.

Pushkarskaya, A., Pleshanova, O. (2009). Ne direktorskoe eto delo. *Gazeta Kommersant,* 139, 1.

Pushkarskaya, A. (2014). Rashjzhdenije v tolkovanii odnih i teh zhe norm iskluchitelno, i eto glavnoe. *Gazeta Kommersant,* 232, 13.

Shleynov, R. (2009). Vozhd i uchitel. *Novaya gazeta*, 74, 34.

Volkova, D. (2015). *Medvedev utverdil kandidatov v Sovet direktorov "Gazproma"*, http://www.rbc.ru/rbcfreenews/54d59cad9a79472c40636601 (07.02.2015).

Walery Abramowicz Musin – jurysta doskonały

Streszczenie

Profesor Walery Abramowicz Musin urodził się w 1939 r. w Leningradzie. Jest wybitnym, znanym w Rosji i za granicą ekspertem w dziedzinach prawa cywilnego, prawa morskiego, międzynarodowego prawa prywatnego, procedury cywilnej, międzynarodowego arbitrażu handlowego i problematyki prawnej w handlu zagranicznym. Jego rozwój naukowy wiąże się nierozerwalnie z Sankt Petersburskim Państwowym Uniwersytetem (Leningradzkim Państwowym Uniwersytetem), gdzie przeszedł wszystkie stopnie kariery: asystent – docent – profesor. Od 1989 r. Profesor Musin pełni funkcję kierownika Katedry Postępowania Cywilnego na Wydziale Prawa SPbGU. Jest także członkiem korespondentem Rosyjskiej Akademii Nauk oraz dyrektorem Sankt Petersburskiego Oddziału Instytutu Państwa i Prawa RAN. Walery Musin jest autorem ponad 250 publikacji (w językach rosyjskim i angielskim), w tym licznych monografii i podręczników. Współuczestniczył w tworzeniu

Kodeksu Żeglugi Handlowej FR (1999 r.) i Kodeksu Postępowania Arbitrażowego FR (2002 r.). Profesor znany jest także jako najwyższej klasy specjalista-praktyk. W 1992 r. założył, wraz z Andriejem Ibragimowem, firmę prawniczą „Musin, Ibragimov and Partners", gdzie zajmuje stanowisko starszego partnera. W 2009 r. został wybrany niezależnym dyrektorem Rady Dyrektorów OAO „Gazprom".

Słowa kluczowe: ekspert, niezależny dyrektor, członek korespondent, procedura cywilna, arbitraż handlowy.

Alfred Ohanowicz – cywilista w czterech systemach

Alfred Ohanowicz – civilist of four legal systems

ANDRZEJ GULCZYŃSKI

Streszczenie

Alfred Ohanowicz urodził się w 1888 r. we Lwowie. Tam ukończył studia prawnicze na Uniwersytecie Lwowskim i zdobył pierwsze szlify zawodowe w Prokuratorii Skarbu. W 1919 r. objął Katedrę Prawa Cywilnego na Uniwersytecie Poznańskim, z którym był związany do końca życia (choć przeszedł w stan spoczynku w 1960 r.). Na Wydziale Prawa UP pełnił funkcje dziekana (1924/1925) oraz prodziekana (1925/1926), a także prowadził działalność dydaktyczną. Był redaktorem naczelnym „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego" (1958–1981). Alfred Ohanowicz nie ograniczał się do pracy naukowej. Przez wiele lat działał jako adwokat, pełnił też wiele ważnych funkcji poza Uniwersytetem. Tuż po procesie brzeskim został senatorem z listy Bezpartyjnego Bloku Współpracy z Rządem (1930–1935). Do najważniejszych osiągnięć naukowych Profesora należą monografie poświęcone współwłasności w prawie austriackim (1916), przyrzeczeniu publicznemu (1920), niesłusznemu wzbogaceniu (1956), zbiegowi norm w polskim prawie cywilnym (1963). Był też autorem licznych artykułów, komentarzy i glos. Za swoją działalność Profesor był wielokrotnie nagradzany. Został odznaczony m.in. Krzyżem Komandorskim Orderu *Polonia Restituta*, Złotym Krzyżem Zasługi, orderem Sztandaru Pracy II klasy. W 1965 r. otrzymał tytuł doktora *honoris causa* Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza. Zmarł w 1984 r. w Poznaniu.

Słowa kluczowe: zobowiązania, współwłasność, przyrzeczenie publiczne, bezpodstawne wzbogacenie, zbieg norm.

1. Ze Lwowa do Poznania

Alfred Ohanowicz należy do grona najwybitniejszych polskich cywilistów XX wieku i całkiem słusznie nazwany został ojcem poznańskiej cywilistyki (Radwański, 2006). Losy życiowe i zainteresowania badawcze związał z czterema systemami prawa cywilnego: austriackiego, niemieckiego, II Rzeczypospolitej i Polski Ludowej. Jego uczniami, albo uczniami jego uczniów, są wszyscy profesorowie prawa cywilnego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu. O jego pozycji świadczą jednak nie tylko uczniowie, ale i liczne monografie, artykuły, glosy i podręczniki.

Urodził się 21 marca 1888 r. we Lwowie, w rodzinie ormiańskiej, jako syn Józefa, sędziego sądu apelacyjnego, i Heleny z Prokopowiczów. Na zainteresowanie prawem miał wpływ zapewne nie tylko ojciec, ale i obaj dziadkowie, którzy byli sędziami. Po ukończeniu w 1906 roku V Gimnazjum we Lwowie Alfred podjął zatem studia na wydziale prawa lwowskiego uniwersytetu.

W czasie studiów (1906–1910) interesował się historią prawa polskiego, zwłaszcza kościelnego. Uczestniczył w seminariach słynnych profesorów Oswalda Balzera oraz Władysława Abrahama. Uczęszczał też na seminarium filozoficzne prof. Kazimierza Twardowskiego. To właśnie z tych seminariów wyniósł szacunek dla historii prawa, widoczny we wszystkich publikacjach, a przejawiający się w tezie, że bez jej znajomości nie tylko w pracy naukowej i dydaktyce, lecz i w praktyce prawniczej nie można odróżnić elementów stałych od zmiennych i wytłumaczyć wielu współczesnych problemów (Ohanowicz, 2007, s. 1167). Już w czasie studiów ogłosił drukiem recenzje prac naukowych Antona Mengera dotyczących jego poglądów na państwo (1908) oraz Benona Janowskiego o odległościach jako czynniku kulturowym. Zwiastowały one zainteresowanie kulturą prawną w bardzo szerokim ujęciu.

Rok po ukończeniu studiów Ohanowicz opublikował pierwszą monografię przygotowaną pod kierunkiem prof. Balzera, a poświęconą ciężarom państwowym duchowieństwa w Polsce w XV i XVI wieku. Zdał także egzaminy i uzyskał stopień doktora. Był już wówczas zatrudniony w galicyjskiej Prokuratorii Skarbu, która pozyskiwała najlepszych absolwentów prawa. Pracował tu w tym czasie m.in. Roman Longchamps de Berier, późniejszy profesor Uniwersytetu Lwowskiego (Redzik, 2006), który, podobnie jak Ohanowicz, zasłynął z prac dotyczących prawa zobowiązań. Obaj uczestniczyli w seminariach cywilistycznych profesora Ernesta Tilla.

Dzięki uzyskanemu stypendium rok akademicki 1912/1913 dr A. Ohanowicz spędził w Berlinie, pogłębiając znajomość prawa niemieckiego i po-

równawczego na seminariach prowadzonych przez ówczesnych luminarzy cywilistyki niemieckiej, jakimi byli Josef Kohler i Theodor Kipp. Po powrocie i dalszych badaniach opublikował prace poświęcone współwłasności w prawie austriackim (1916) oraz dwa artykuły dotyczące sporów granicznych i hipoteki (1917), będące reakcją na słynne nowele austriackiego kodeksu cywilnego.

2. Katedra na Uniwersytecie Poznańskim

Odzyskanie niepodległości dało możność zrealizowania wieloletnich dążeń Polaków z zaboru pruskiego, a mianowicie utworzenia w Poznaniu uniwersytetu. Alfred Ohanowicz skorzystał wówczas z propozycji objęcia katedry na Wydziale Prawa (Krasowski, 2006, s. 79, 86). Nominacja nastąpiła bez formalnego postępowania habilitacyjnego, które toczyło się na uniwersytecie lwowskim. Został profesorem nadzwyczajnym, mając 31 lat. Dwa lata później Naczelnik Państwa mianował go na stanowisko profesora zwyczajnego. Do głównych zadań prof. Ohanowicza należało, rzecz jasna, prowadzenie wykładów i seminariów z prawa cywilnego, z tą jednak różnicą, że musiał zmienić podstawę swych rozważań z austriackiego na niemieckie prawo cywilne.

Wyrazem zaufania było powierzenie młodemu naukowcowi funkcji dziekana. Pełnił ją w roku akademickim 1924/1925, później zaś u boku Edwarda Taylora był prodziekanem (1925/1926). Z inicjatywy dziekana Ohanowicza powstała seria „Poznańskie Prace Prawnicze". W latach 1925–1938 wydano pięć prac, a mianowicie Tadeusza Zgaińskiego, Stefana Dembińskiego, Zygmunta Konrada Nowakowskiego, Leona Taylora i Metodego Konstantinowa (jedynie dwie prace wydane w tej serii wskazuje Krasowski, 2006, s. 168).

Alfred Ohanowicz nie ograniczał się jednak wyłącznie do działalności naukowej. Nigdy nie zerwał z praktyką prawniczą zapoczątkowaną w galicyjskiej Prokuratorii Skarbu. Także w Poznaniu działał jako adwokat. Wyrazem uznania prawniczych kompetencji było powołanie go w skład Trybunału Kompetencyjnego (1928–1930). Był ponadto syndykiem i generalnym radcą Poznańskiego Ziemstwa Kredytowego (1928–1939, formalnie jednak do 1949 roku). Zapewne do stanowiska w Ziemstwie Kredytowym doprowadziły go wcześniejsze ekspertyzy, może jedną z nich była późniejsza publikacja dotycząca listów zastawnych Poznańskiego Ziemstwa Kredytowego z 1927 r. (Ohanowicz, 2007, s. 463–467). Rezultatem doświadczeń w tej instytucji były kolejne publikacje, wśród nich praca poświęcona „centralnej instytucji długoterminowego kredytu rolnego". Projekt takiej instytucji,

opracowany przez Ohanowicza, przewidywał emisję listów zastawnych na rynkach zagranicznych i uzyskiwanie w ten sposób środków na finansowanie rozwoju polskiego rolnictwa.

W trudnym czasie, bo tuż po procesie brzeskim, został senatorem z listy Bezpartyjnego Bloku Współpracy z Rządem (1930–1935) i balansował między różnymi obozami, także na terenie Uniwersytetu. Miał jednak na uwadze konieczność zachowania samorządności uczelni akademickich (Krasowski, 2006, s. 209–210).

3. Pod okupacją niemiecką

Wybuch wojny przyniósł nowe wyzwania i to związane z dwoma miejscami zawodowej aktywności. Alfred Ohanowicz pozostał na swoim stanowisku w Ziemstwie Kredytowym, powołany też został w skład Rady Naukowej Uniwersytetu Poznańskiego, której zadaniem była opieka nad pracownikami uczelni i jej majątkiem. Po trzech tygodniach Uniwersytet został zamknięty przez okupanta, a 29 września 1939 r. gestapo aresztowało prof. Ohanowicza.

Na pewno przebywał przez pewien czas w jednej celi z innymi profesorami Uniwersytetu Poznańskiego, m.in. historykiem profesorem Kazimierzem Tymienieckim, który tak opisał współwięźnia: „zajmował wybitne stanowisko w bankowości poznańskiej, mógł się domyślać, że jego aresztowanie pozostawało w związku z chęcią usunięcia go od wpływu w tej dziedzinie. W luksusowej jego willi mieszkał na kwaterze jakiś pułkownik niemiecki, mylnie początkowo uważany za związanego z gestapo, który mu jednak nic nie dopomógł" (Tymieniecki, 1972, s. 190). W innym miejscu zanotował: „Dość wysoki, a przede wszystkim mocno zbudowany, ciemny brunet, z racji swego ormiańskiego pochodzenia (był spokrewniony ze wszystkimi wielkimi rodzinami polskich Ormian), w dodatku w ciemnych okularach, był skupiony w sobie i uroczyście poważny (…). Niekiedy tylko, przy spotkaniu, weselsze błyski oczu zza ciemnych okularów zdradzały prawdziwe usposobienie tego urodzonego humorysty" (Tymieniecki, 1972, s. 204–205).

Po zwolnieniu z aresztu i pobycie w obozie przesiedleńczym na Głównej został wysiedlony do Ostrowca Kieleckiego (obecnie: Świętokrzyskiego), a następnie skierowany do Warszawy. Pełnił tam funkcję radcy prawnego Towarzystwa Kredytowego Ziemskiego, brał też m.in. udział w tajnym nauczaniu w ramach Uniwersytetu Ziem Zachodnich. W październiku 1944 r. przeniósł się do Krakowa, gdzie od 1945 r. prowadził wykłady na Uniwersytecie Jagiellońskim.

4. W Polsce Ludowej

Wkrótce Ohanowicz powrócił jednak do Poznania i objął ponownie Katedrę Prawa Cywilnego oraz prowadzenie wykładów i seminariów z prawa cywilnego, ponownie powierzono mu też funkcję dziekana (1948–1950). Od 1947 roku kontynuował też działalność jako adwokat, choć w 1951 r. Wojewódzka Komisja Weryfikacyjna skreśliła go z listy adwokatów z uzasadnieniem, że nie daje rękojmi wykonywania zawodu. Pomyślnie zakończyło się jednak trwające dwa lata postępowanie odwoławcze. Praktyka (był ponadto m.in. członkiem Kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego) nadal stanowiła zatem dla niego ważny element doświadczeń, bowiem – jak twierdził – nic tak dobrze nie służy praktyce, jak dobra teoria (Radwański, 2006, s. 57). Praktyka dawała mu odpowiedź na pytanie „co się naprawdę dzieje, a nie tylko co się dziać powinno" (Knoppek, 1985, s. 138–139).

Jako przedwojenny profesor i senator nie należał do ulubieńców władzy, jednak po Październiku doceniono jego możliwości. W 1957 r. powołano go na członka Centralnej Komisji Kwalifikacyjnej dla Pracowników Nauki, a w 1958 roku, gdy wznowiono wydawanie „Ruchu Prawniczego i Ekonomicznego" (w 1960 r. ponownie rozszerzonego o dział socjologiczny), właśnie A. Ohanowiczowi powierzono funkcję redaktora naczelnego. Z czasopismem tym związany był od chwili jego powstania w 1921 roku. Wchodził w skład jego komitetu redakcyjnego, a w latach 1922–1924 kierował działem prawnym. Publikował na jego łamach artykuły i recenzje, a także przegląd ustawodawstwa cywilistycznego (Radwański, 2006a). W ostatnim roku przed wybuchem wojny przekazał to zadanie swemu uczniowi, wówczas już profesorowi poznańskiej Akademii Handlowej, Józefowi Górskiemu (Napierała, 2009, s. 73). I choć w 1960 r. przeszedł w stan spoczynku, to funkcję redaktora naczelnego pełnił aż do 1981 r.

5. Zainteresowania badawcze

Aktywność badawcza Alfreda Ohanowicza rozłożona była na 70 lat. Pierwsza publikacja ukazała się w 1911 r., ostatnia w 1981. Rozpoczął badania we Lwowie, gdy obowiązywało tam prawo austriackie. Po przeniesieniu do Poznania zastał tam prawo niemieckie, później przedmiotem badań stało się prawo polskie powstające w okresie II Rzeczypospolitej i w końcu czas przyszedł na prawo socjalistyczne. Wszystkie systemy, w których żył, znalazły odbicie w jego zainteresowaniach badawczych.

Do najważniejszych osiągnięć należą monografie poświęcone współwłasności w prawie austriackim (1916), przyrzeczeniu publicznemu (1920), niesłusznemu wzbogaceniu (1956), zbiegowi norm w polskim prawie cywilnym (1963). Był też autorem licznych artykułów, komentarzy i glos. Wielokrotnie przedstawiał postulaty dotyczące zmian prawa.

Cała twórczość Ohanowicza została omówiona przez Zbigniewa Radwańskiego, który podzielił ją według formy prezentacji wyników badań, a zatem na: 1) monografie, 2) artykuły, komentarze i udział w „Systemie Prawa Cywilnego", 3) glosy i 4) recenzje (Radwański, 2006). Przygotowując natomiast edycję prac Alfreda Ohanowicza, piszący te słowa pogrupował jego dorobek w sześciu działach, dotyczących: 1) historii prawa, 2) kodyfikacji prawa, 3) problematyki ogólnej prawa cywilnego, 4) prawa rzeczowego i spadkowego, 5) zobowiązań (z wyodrębnieniem zagadnień bezpodstawnego wzbogacenia i odpowiedzialności odszkodowawczej) oraz 6) nauki i nauczania prawa.

Krótką charakterystykę dorobku Alfreda Ohanowicza można w tym miejscu przedstawić nieco inaczej, a mianowicie według problemów, które go interesowały. Zwrócić zatem można uwagę na kilka wątków twórczości.

Pierwszym z nich będzie kwestia szeroko pojmowanej kolizji lub zbiegu różnego rodzaju uprawnień. Po raz pierwszy dostrzegł je w prawie własności przysługującym kilku osobom. W pracy pt. *Współwłasność w prawie prywatnym austriackim* z 1916 roku zwrócił uwagę na różnice pomiędzy ujęciem rzymskim (prawo do części ułamkowych) i germańskim (prawa do całości). Ohanowicz widział tu właśnie – odwołując się nie tylko do prac Bernharda Windscheida, ale i Stanisława Wróblewskiego – kolizję praw, wskazując, że każdemu współwłaścicielowi przysługuje odrębne prawo własności całej rzeczy wspólnej. Istotnym elementem współwłasności był właśnie zbieg kilku praw własności na jednej rzeczy (Ohanowicz, 2007, s. 402–403).

Także w innej rozprawie, lokowanej tradycyjnie w prawie rzeczowym, można dostrzec omawiany wątek. Alfred Ohanowicz w monografii *O rozrządzaniu właściciela hipoteką w trzeciej noweli do ustawy cywilnej* z 1917 roku zastanawiał się mianowicie nad koncepcją hipoteki. Odwołując się szeroko do różnych systemów i poglądów w literaturze, poddał dyskusji nie tylko akcesoryjność tego prawa, ale i to, czy jest to prawo na rzeczy własnej, czy cudzej. Rozważania te konieczne były do rozwiązania innego nurtującego autora problemu, a mianowicie możliwości określenia kolejności uprawnienia, przede wszystkim zaś możliwości przesunięcia na lepsze miejsce. Sytuacja taka była korzystna dla wierzyciela, ale mniej korzystna dla właściciela, bowiem trudno mu było np. uzyskać kredyt. Zastanawiał się przy tym nad możliwością umówienia się, że kolejna osoba, na rzecz której ustanawiano hipotekę, nie będzie sobie rościć pretensji o przesunięcie na lepsze miejsce.

Do problematyki zbiegu uprawnień wracał wielokrotnie, dowodząc, że w prawie cywilnym skutki prawne zdarzenia często należy oceniać z różnych punktów widzenia, co jest właśnie wynikiem zbiegu norm. Słusznie uważał, że kumulacja roszczeń jest zjawiskiem powszechnym w prawie cywilnym, które można uznać za naturalny skutek zbiegu norm (1960). Zauważał przy tym, że celem roszczenia jest zaspokojenie interesu chronionego przez prawo, a łatwiej ten cel można osiągnąć, jeśli dochodzi się do niego kilkoma drogami (Ohanowicz, 2007, s. 1116). Poglądy w tym zakresie podsumował w 1963 r. w monografii *Zbieg norm w polskim prawie cywilnym*, choć i po wejściu w życie kodeksu cywilnego zabierał w tej sprawie głos. Zbieg norm następował w sytuacji, gdy do jednego zdarzenia prawnego można zastosować kilka norm prawnych o różnych konsekwencjach. Uważał, że jest to stan „z góry przewidziany i zaplanowany jako jeden ze sposobów umocnienia praw i ułatwienia ich realizacji. Dlatego nie można go traktować jako zjawiska patologicznego i dążyć za pomocą wszelkich środków wykładni do jego usunięcia, lecz trzeba się z nim liczyć jako z normalną konstrukcją ustawową, mającą swoisty cel i funkcję" (Ohanowicz, 2007, s. 272; zob. wypowiedzi polemiczne: Łętowska, 2007, s. 503–516).

Kolejny problem widoczny w twórczości naukowej A. Ohanowicza to przyczyna dokonania czynności i jej moc wiążąca. A zatem, czy na przykład niedotrzymywanie słowa jest zjawiskiem nagannym i czy wywołuje skutki prawne? W monografii *Przyrzeczenie publiczne. Studium z prawa cywilnego* wydanej w 1920 roku dokonał analizy uregulowań w różnych systemach i doszedł do wniosku, że publiczne przyrzeczenie jest wiążącą prawnie jednostronną czynnością prawną, która „rodzi sama przez się zobowiązanie i nie potrzebuje przyjęcia. Z chwilą opublikowania obiecujący staje się zobowiązanym, a dokonanie czynności nie jest oświadczeniem, lecz tylko dopełnieniem warunku, od jakiego płatność nagrody jest zawisłą" (Ohanowicz, 2007, s. 575). Wskazał przy tym, że objawienie woli może nastąpić w dowolny sposób, zatem nie tylko pisemnie, czy ustnie, ale i „przez przedstawienie obrazowe, znaki (np. ogłoszenie w dziennikach, plakat, ustne obwieszczenie) byle by miało charakter publiczny" (Ohanowicz, 2007, s. 541).

Prof. Ohanowicz wykazał w swej monografii, że przyrzeczenie nie jest ofertą, a węzeł prawny powstaje w momencie spełnia wypowiedzianego w przyrzeczeniu warunku. A dlaczego przyrzeczenie w ogóle jest wiążące? Profesor odpowiada nadzwyczaj prosto: „publiczne przyrzeczenie wiąże, ponieważ taką jest wola obiecującego" (Ohanowicz, 2007, s. 575). Propozycje autora zostały przyjęte w art. 104 i 105 kodeksu zobowiązań z 1933 roku oraz w art. 919–921 kodeksu cywilnego z 1964 roku.

Inne ważne zagadnienie, pozostające w tym nurcie, to kwestia przysporzenia, które nastąpiło bez właściwej przyczyny. Napisał na ten temat kilka artykułów oraz monografię pt. *Niesłuszne wzbogacenie* (1956). Przedstawiał

w nim nie tylko analizy, ale i postulaty legislacyjne, które uwzględniono – wraz z nazwą „bezpodstawne wzbogacenie" – w kodeksie cywilnym z 1964 roku. Przyjętą propozycję tak oceniał w 1960 roku: „Odbiera bowiem instytucji pozory jakiegoś powszechnego środka na usunięcie wszelkich niesłuszności wynikających z niedoskonałości całego systemu prawnego i sprowadza ją do właściwej miary jednego z roszczeń, mających na celu ochronę przed nieusprawiedliwionymi przesunięciami majątkowymi. W prawodawstwach burżuazyjnych, zwłaszcza takich, w których rozbudowano nadmiernie czynności abstrakcyjne, jak np. w prawie niemieckim, takie podkreślenie zasady słuszności jako podstawy roszczenia o wydanie wzbogacenia miało swoje racje" (Ohanowicz, 2007, s. 955).

Ostatnie zagadnienie, na które warto zwrócić uwagę w twórczości Alfreda Ohanowicza, to ewolucja prawa. Śledził zmiany prawa od średniowiecza po socjalizm. Najpierw zbadał ciężary duchowieństwa w XV i XVI w., później zajął się prawem austriackim, ale zawsze ukazywał genezę badanych instytucji. Doszedł w końcu do prawa socjalistycznego, z którym trzeba się było zmierzyć.

Oceniając art. 309 projektu kodeksu cywilnego (odpowiadający art. 189 kodeksu zobowiązań, w myśl którego strony winny wykonywać zobowiązania nie tylko zgodnie z ich treścią, ale i w sposób odpowiadający wymaganiom dobrej wiary i zwyczajom uczciwego obrotu), pisał: „Wymieniona tam jest i treść zobowiązania, i jego cel społeczno-gospodarczy, i zasady współżycia społecznego, i ustalone zwyczaje. Może to nawet za wiele dobrego, lecz w każdym razie jest w czym wybrać" (Ohanowicz, 2007, s. 1090).

Badając odpowiedzialność za czyny niedozwolone, opisał w projekcie zwiększającą się powszechność i nieodzowność używania maszyn poruszanych siłami przyrody, uznając, że trudno mówić już o osobach nimi się posługującymi jako szczególnie niebezpiecznych, a nakładanie na nie większej odpowiedzialności stało się anachronizmem. Pisał wówczas: „argument, że ten powinien ponosić ryzyko, kto osiąga zysk, stracił dużo na sile przekonywującej wobec tego, że urządzenia poruszane siłami przyrody zarówno w ustroju kapitalistycznym, jak w jeszcze większej mierze w socjalistycznym zaspokajają potrzeby całego społeczeństwa lub przynajmniej większych jego grup i wobec tego faktu interes samego przedsiębiorcy schodzi na dalszy plan" (Ohanowicz, 2007, s. 1094).

Przyzwyczajenia do dawnych nazw, ale i zapewne przekora Autora spowodowały, że uwadze cenzora umknął skrót RSFSR, czyli Rosyjska Socjalistyczna Federacyjna Sowiecka Republika (Ohanowicz, 2007, s. 961). W niektóry pracach A. Ohanowicz zastanawiał się nad nowymi terminami. Gdy w 1920 r. wydał monografię poświęconą publicznemu przyrzeczeniu nagrody za dokonanie jakiejś czynności, podkreślał, że niektórzy autorzy

używają dla tej instytucji terminu „opyt" (Ohanowicz, 2007, s. 534). Termin ten jednak zupełnie wyszedł z użycia. Nie utrzymały się do dziś także inne konkurujące ze sobą w okresie międzywojennym terminy: wymowa i wymiar. Ohanowicz zalecał, aby przynajmniej w nawiasie przytoczyć w przyszłym polskim kodeksie cywilnym drugą z tych nazw, jako termin dla ludności bardziej zrozumiały dla określenia specjalnego typu zobowiązania opartego na umowie (Ohanowicz, 2007, s. 609). Dziś oba terminy wyszły z użycia.

Wracając do prawa socjalistycznego, wskazać należy, że Alfred Ohanowicz pozytywnie ocenił kodeks cywilny Niemieckiej Republiki Demokratycznej z 1975 r. Podkreślał jego zwięzłość i zrozumiałość: „Nowy kodeks nie jest bowiem przeznaczony wyłącznie dla wtajemniczonych, lecz dla ogółu obywateli. Stąd też nie nadużywa terminów technicznych, posługując się raczej wyrażeniami języka potocznego, dla wszystkich zrozumiałego" (Ohanowicz, 2007, s. 136). Pozytywnie oceniał też odstąpienie od systematyki pandektowej i ułożenie przepisów „z punktu widzenia ich ważności dla obrotu w życiu potocznym. W ten sposób zdąża ustawodawca do zastąpienia kodeksu dla prawników kodeksem przydatnym dla obywatela laika, można by powiedzieć kodeksem «ludowym» (*Volksgesetzbuch*), choć ustawa nigdzie tego terminu nie używa" (Ohanowicz, 2007, s. 136). Dziś można bez emocji stwierdzić, że wiele w tym racji. Ciekawy jest tu pogląd autora na klauzulę generalną moralności socjalistycznej: „Wyrażenie to jest zrozumialsze niż nasze zasady współżycia społecznego. Wchodzi ono bowiem niewątpliwie w zakres moralności, a nie obejmuje elementów heteronomicznych, jak np. obyczaj, przyzwoitość itp. Jeżeli kodeks ma na myśli te właśnie elementy bez zabarwienia moralnego, to używa wówczas wyrażenia «reguły współżycia» (*Regeln des Zusammenlebens*), jak np. w §§ 119 lub 333 (ust. 4). Rozdzielenie tych dwóch pojęć pozwala uniknąć wielu zagadnień, nad którymi się biedzi nasza literatura" (Ohanowicz, 2007, s. 137).

6. Dydaktyka

Dydaktyka należała do ważnych wątków działalności prof. Alfreda Ohanowicza. Jak wspominał jego uczeń, Zbigniew Radwański: „prowadził wykłady w sposób może niezbyt atrakcyjny, ale bardzo pogłębiony, wnikliwie analizując prezentowane instytucje" (Radwański, 2006, s. 48). Zainteresowaniem i uznaniem cieszyło się prowadzone przez niego seminarium magisterskie i doktoranckie. Wykształcił liczną kadrę pracowników naukowych, promując wielu doktorów i uczestnicząc w przewodach habilitacyjnych. Wśród uczniów Profesora znaleźli się m.in. tak znani cywiliści jak

Antoni Agopszowicz, Stefan Buczkowski, Józef Górski, Władysław Górski, Witalis Ludwiczak, Zygmunt Konrad Nowakowski, Zbigniew Radwański i Andrzej Stelmachowski. Mając w tym zakresie spore doświadczenie, zabierał zatem głos w ważnych sprawach dotyczących procesu kształcenia. Gdy rozgorzał spór o sens pisania prac magisterskich na studiach prawniczych, Ohanowicz opowiedział się w 1958 r. za przygotowywaniem takich prac, jednak wyłącznie pod kierunkiem samodzielnego pracownika naukowego. Jego zdaniem możliwe jest równoczesne prowadzenie pięciu, w razie konieczności maksymalnie dziesięciu magistrantów (Ohanowicz, 2007, s. 1155, 1160).

Na opracowaniach dydaktycznych Ohanowicza wychowało się wiele pokoleń prawników. Pierwsze podręczniki dotyczyły prawa obowiązującego na terenie dawnego zaboru pruskiego, a mianowicie części ogólnej prawa cywilnego (1922) i zobowiązań (1922–1923). Wspólnie z Fryderykiem Zollem opracował natomiast zagadnienia prawa spadkowego i familijnego (1924).

Lata trzydzieste i czterdzieste nie były okresem aktywności Alfreda Ohanowicza w zakresie przygotowywania pomocy dydaktycznych. Po latach przerwy opracował podręcznik części ogólnej prawa zobowiązań (1954, 1955), a wspólne ze swym uczniem Józefem Górskim część szczegółową (1956, 1959). Pamiętać należy, że opracowania te dotyczyły kodeksu zobowiązań z 1933 roku. Autorzy zdecydowali się na pominięcie umów o pracę, choć były one regulowane przez przepisy wspomnianego kodeksu. Odczuwali zatem już odrębność tej gałęzi w państwie socjalistycznym. Z drugiej jednak strony omówili umowy uregulowane w kodeksie handlowym z 1934 r., jak i umowy uregulowane w ustawach szczegółowych.

Po uchwaleniu kodeksu cywilnego w 1964 r. Alfred Ohanowicz jako pierwszy opracował podręcznik prawa zobowiązań (1965), wkrótce z J. Górskim przygotował podręcznik dotyczący części szczegółowej zobowiązań (1964, 1966). Podręczniki wzbudziły zainteresowanie, także w formie recenzji. Stefan Buczkowski podkreślał wówczas trudność łączenia w jednym wykładzie zagadnień cywilistycznych z instytucjami obrotu uspołecznionego. Po kilku latach dwukrotnie został wydany podręcznik obejmujący całość prawa zobowiązań, przygotowany również z Józefem Górskim, *Zarys prawa zobowiązań* (1970, 1972). Stanowił on, obok opracowania Witolda Czachórskiego, podręcznik powszechnie używany na uniwersytetach polskich.

7. Laury dla naukowca, hołd dla mistrza

Działalność prof. Alfreda Ohanowicza była wielokrotnie i w różnych formach doceniana. Został wyróżniony m.in. Krzyżem Komandorskim Orderu *Polonia Restituta* (1928), Złotym Krzyżem Zasługi (1938), orderem

Sztandaru Pracy II klasy (1957). Nadano mu też tytuł „Zasłużonego Nauczyciela PRL".

W 1965 r. otrzymał tytuł doktora *honoris causa* Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza. Promotorem był prof. Józef Górski, a wniosek złożyli kierownicy katedr cywilistycznych, profesorowie: Józef Górski, Witalis Ludwiczak, Zygmunt Konrad Nowakowski, Edmund Wengerek. Nadano mu też godność członka honorowego Poznańskiego Towarzystwa Przyjaciół Nauk (1972), którego w latach 1948–1972 był wiceprezesem.

W szczególny sposób uczczono kolejne jubileusze działalności Profesora: 55-lecie pracy naukowej i 75-lecie jego urodzin (J. Górski, 1963) oraz 70-lecie pracy naukowej i 90-lecie urodzin (Panowicz-Lipska, 1978; Lesiński, 1978; Radwański, 1978). Formą uczczenia dokonań Alfreda Ohanowicza były też księgi pamiątkowe. Pierwsza ukazała się w postaci odrębnego zeszytu „Ruchu Prawniczego, Ekonomicznego i Socjologicznego" w 1963 roku, druga jako odrębna książka pod red. Zbigniewa Radwańskiego pt. *Studia z prawa zobowiązań* w 1979 roku. Omówienia całokształtu działalności Alfreda Ohanowicza podjął się prof. Zbigniew Radwański, przygotowując biografię swego mistrza (Radwański, 2006).

Wyrazem użyteczności badań Ohanowicza, ale i hołdu mu oddanego, było wydanie w 2007 roku wyboru publikacji obejmującego wszystkie monografie i artykuły, a także ważniejsze wypowiedzi (Ohanowicz, 2007). Pominięto w niej glosy, recenzje, komentarze i charakterystyki aktualnych aktów prawnych, a także artykuły prasowe i wystąpienia okolicznościowe oraz podręczniki, choć także w nich zawarto wiele syntetycznie ujętych problemów zachowujących i dziś swą aktualność (zestawienie wszystkich publikacji A. Ohanowicza: Gulczyński, 2006).

W oczach uczniów i współpracowników odbierany był nie tylko jako człowiek mądry, ale i niezwykle życzliwy. Prof. Zbigniew Radwański tak wspominał go po latach: „Był człowiekiem ogromnie sympatycznym, życzliwym. Taki typowy lwowiak, bardzo dowcipny, otwarty. Chętnie udzielał rad i pomocy każdemu, kto się do niego o to zwrócił. Miał zawsze duże grono seminarzystów, doktorantów. Wokół niego tworzył się ciekawy ośrodek naukowy" (Radwański, 2008, s. 295).

Inny uczeń, prof. Witalis Ludwiczak, zapisał z kolei takie słowa: „Mistrz niczego nie nauczał. W rozmowach naukowych nie wychodził od podstaw teoretycznych. Punktem wyjściowym było zdarzenie, były fakty. W ich analizie nie zdradzał zapędów dogmatycznych czy filozoficznych, lecz błyszczał niezwykłą jasnością opanowania kazuistyki i chwytał w lot rozwiązania, kierowany nieomylnym odczuciem zasad ogólnych" (cyt. za: Szafrański, 2004, s. 20). Z kolei prof. Stanisław Sołtysiński odnotował, że „w ocenie różnych stron przedwojennego i powojennego ładu nigdy nie popadał w jedno-

stronny zachwyt ani krytycyzm. Był umiarkowanym pesymistą. Ostrzegał przed czerpaniem pociechy z optymizmu opartego na pobożnych życzeniach" (Sołtysiński, 1984, s. XIV).

Miał dystans do siebie i do swej działalności podchodził z humorem. W jednej z nielicznych utrwalonych wypowiedzi wspominał pierwsze lata po odzyskaniu niepodległości: „Na egzamin wchodzili kolejno sami wojskowi. Pierwszy, drugi, trzeci – obserwowałem to z rosnącym zaciekawieniem – mieli na piersiach bojowe odznaczenia z okresu Powstania Wielkopolskiego. Zwróciłem wreszcie uwagę na niewielką plamkę widniejącą na wstążeczce jednego z odznaczonych. Następny także widocznie wyróżnił się w bojach, ale plamka była ta sama, co u poprzedniego delikwenta. Miałem dużą uciechę, obserwując kolejnych zdających. Wszyscy w mundurach, wszyscy odznaczeni, tyle że zawsze tym samym orderem z przybrudzoną wstążeczką" (cyt za: Gulczyński, 2009, s. 23–24).

Kres życia zbliżał się jednak nieuchronnie. W czasie ostatnich rozmów „nawiązywał do tematów ludzkiego losu, sensu życia i śmierci. Potrafił stawiać pytania o sprawy najgłębsze bez egzaltacji, z odcieniem żartobliwej ciekawości. Szukał odpowiedzi o sens tego credo, które zaczerpnął z rodzicielskiego domu i ormiańskiej architektury" (Sołtysiński, 1984, s. XIV). Prof. Ohanowicz zmarł 21 marca 1984 r., został pochowany na cmentarzu Junikowskim w Poznaniu.

Omawianie sylwetki prof. Alfreda Ohanowicza, człowieka wielkiej mądrości i rozwagi, zakończyć można myślą, kierowaną do osób widzących w prawie znakomite narzędzie do rozwiązywanie wszelakich problemów: „uzdrowienie stosunków społecznych trzeba kończyć, a nie zaczynać wydaniem normy prawnej" (Ohanowicz, 2007, s. 108).

Notka biograficzna:

doktor habilitowany, profesor nadzwyczajny Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Kierownik Studiów na Kierunku Prawo Europejskie na Wydziale Prawa i Administracji UAM, prezes Poznańskiego Towarzystwa Przyjaciół Nauk.

Literatura

Górski, J. (1963). 55-lecie pracy naukowej i 75-lecie urodzin profesora dra Alfreda Ohanowicza. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, (25/1), s. 353–358.

Górski, J. (1969). Pół wieku związków ze środowiskiem poznańskim. Alfred Ohanowicz. *Kronika Miasta Poznania*, (37/3), s. 94–97.

Gulczyński, A. (2009). *Prawo na Zamku. Wydział Prawno-Ekonomiczny Uniwersytetu Poznańskiego w dawnej rezydencji cesarskiej*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.

Gulczyński, S. (2006). Bibliografia prac Alfreda Ohanowicza. W: Z. Radwański (red.). *Alfred Ohanowicz. Ojciec poznańskiej cywilistyki*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.

Knoppek, W. (1985). Wspomnienia pośmiertne. Prof. dr Alfred Ohanowicz, adwokat. *Palestra*, (29/11), s. 138–139.

Krasowski, K. (2006). *Wydział Prawno-Ekonomiczny Uniwersytetu Poznańskiego w latach 1919–1939. Studium historycznoprawne*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.

Lesiński, B. (1978). Jubileusz profesora dra Alfreda Ohanowicza. *Czasopismo Prawno-Historyczne*, (30/2), s. 311.

Łętowska, E. (2007). Zbieg norm prawa cywilnego. W: M. Safjan (red.). *System prawa prywatnego. T. 1. Prawo cywilne – część ogólna*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Napierała, J. (2009). Józef Górski – ze Śnietni nad Prosną po rektorskie berło. (= A. Gulczyński (red.). *Magistri nostri. Profesorowie Wydziału Prawa poznańskiego uniwersytetu*). Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.

Ohanowicz, A. (2007). *Wybór prac*. A. Gulczyński (red.). Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Panowicz-Lipska, J. (1978). Uroczystość jubileuszowa profesora dra Alfreda Ohanowicza. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, (40/3), s. 281–283.

Radwański, Z. (1978). Dziewięćdziesiąta rocznica urodzin prof. dra h.c. Alfreda Ohanowicza, *Państwo i Prawo*, (33/6), s. 150–151.

Radwański, Z. (2006). Alfred Ohanowicz. Ojciec poznańskiej cywilistyki. (= A. Gulczyński (red.). *Magistri nostri. Profesorowie Wydziału Prawa poznańskiego uniwersytetu*). Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.

Radwański, Z. (2006a). Alfred Ohanowicz. Redaktor naczelny 1958–1981. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, (68/2), s. 75–76.

Radwański, Z. (2008). Trzeba mieć spokój, odwagę i mądrość. Z profesorem…, przewodniczącym Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości rozmawia D. Chodera-Lewandowicz. *Kronika Miasta Poznania*, (3), s. 289–307.

Redzik, A. (2006). Roman Longchamps de Berier (1883–1941), *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, (15/1), s. 5–108.

Sołtysiński, S. (1984). Alfred Ohanowicz (1885–1984). *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, (46/3), s. IX–XIV.

Szafrański, W. (2004). Witalis Ludwiczak – prawnik z olimpijskim paszportem. A. Gulczyński (red.). *Magistri nostri. Profesorowie Wydziału Prawa poznańskiego uniwersytetu*. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.

Tymieniecki, K. (1972). *Wspomnienia z jesieni 1939*. Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk: Zakład Narodowy im. Ossolińskich.

Alfred Ohanowicz – civilist of four legal systems

Summary

Alfred Ohanowicz was born in 1888 in Lvov. He studied law at Lvov University and underwent his first professional legal training at the Office of the General Attorney of the Treasury. In 1919 he became Head of the Chair of Civil Law at Poznań Univer-

sity, with which he maintained contacts till the end of his life, despite his retirement from active university life in 1960. He performed the function of Dean of the Faculty of Law in 1924/25, and Vice-Dean in 1925/26. Apart from those functions performed at the university, he was an academic teacher, and for a number of years editor-in-chief of the journal "Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny" (1958–1981). Ohanowicz did not limit his interests to research work only. He acted as a defence lawyer (advocate) and also held a number of important functions outside the University. Immediately after Brest Trials, he was appointed senator from the list of the Nonpartisan Bloc for Cooperation with the Government (1930–1935). The main scientific accomplishments of Professor Ohanowicz include monographs devoted to co-ownership in Austrian law (1916), public promise (1920), unjust enrichment (1956), convergence of norms in Polish civil law (1963). He was also author of numerous articles, commentaries and glossas, frequently awarded for his activities, orders or crosses, including Commandor's Cross (Order) *Polonia Restituta*, Gold Cross of Merit, or the second class Order of the Banner of the Labour. In 1965 he was granted the title of a *honoris causa* doctor of the Adam Mickiewicz University in Poznan. He died in Poznań in 1984.

Key words: obligations, co-ownership, public promise, unjust enrichment, concurrence of norms.

Prof. Radwański's life and his influence on the new Polish Civil Code

Życie prof. Radwańskiego i jego wpływ na kształt nowego Kodeksu Cywilnego

ANNA BRATEK, MAGDALENA UBA

Summary

Zbigniew Radwański was one of Poland's most outstanding civilians. His scientific achievements have become a source of discussion and consideration among many contemporary lawyers. His life, from an early age to the time when he was appointed rector of the University of Poznań, was difficult – the war created problems in terms of passing a high school diploma, and during his studies the fact that his family did not belong to the working class seriously impeded their progress. Nevertheless, Radwański continued his studies and bound his professional life with the University of Poznań. Thanks to civilians like Zbigniew Radwański we can today enjoy excellent dissertations containing the theories of law – in the past they appeared merely visionary, but they have ultimately proved to be universal and very modern.

Exceptionally important was professor Radwański's input into the works over creating a new Polish Civil Code during his presidency in the Civil Law Codification Commission. Professor thought that the Civil Code in its current form, as the effect of the numerous changes and novelties, lost its original shape and meaning. Professor, with the agreement of the Commission, proposed a creation of the new Civil Code which would correspond to the present and would take into consideration changes which have happened over the decades.

Key words: civil law, professor, codification, civil code.

1. Zbigniew Radwański – a mentor and an educator for a whole generation of civilians

Academic work was professor Radwański's passion and he was devoted to it to the very last moment of his life. On the occasion of the 40th anniversary of his work, his pupils and friends wrote about him: "Professor Radwański wielded a great influence on younger and middle generations of civilians, especially in Poznań, Warsaw, Gdańsk and Szczecin. (…) In academia his stature is enhanced by his personality traits. Caution and discernment are tied with his bravery in expressing opinions at various times, even if they are unpopular. He managed to show tolerance towards the statements of others with strict requirements in terms of following the rules of methodology and fair work." (Sołtysiński, 1990, p. 9).

1.1. Early life

Zbigniew Radwański was born on August 31, 1924, in Chojnice, in Poland. His father, Mieczysław, was also a lawyer (a solicitor) and he served during the September Campaign. Meanwhile, his mother's maiden name was Joanna Krenska. After the Second World War, in 1945, he started his legal studies at the University of Poznań. He graduated after three years and it took him just another two to finish his doctoral studies.

His dissertation, *The Cardinal Rights in Poland*, was diligently prepared during his Master studies. After achieving a doctoral degree, Zbigniew Radwański changed the direction of his interest into civil law: thus he eventually chose the Chair of Civil Law which was led by Professor Alfred Ohanowicz, undeniably one of the greatest Polish civilians and his future mentor. Later on, Radwański introduced the vita of his master in a biography, entitled *Alfred Ohanowicz: The father of Poznań school of civil law studies* (Radwański, 2006b, p. 151). He wrote that "he had an outstanding ability to solve problems by introducing pros and cons in a synthetic way (…). Moreover, he focused on the recognition of social functions for which the institutions of civil law were created: and on every occasion he made them central to his arguments." (Radwański, 2007b, p. 11). Also, Zbigniew Radwański encouraged other scientists to publish selections of Ohanowicz'es workings in 2007 and the person who was in charge of it was Andrzej Gulczyński, a current professor at the Faculty of Law and Administration at the Adam Mickiewicz University. Radwański, personally, wrote an introduction to that elaboration. In an interview given to Danuta Chodera-Lewandowicz the Professor said that his cadency is considered to be providential for the Uni-

versity of Poznań as it saved a number of people from a personal disaster which would be an eventual dismissal from their studies. "I am satisfied that latter rectors appreciated my job and treated me with the greatest respect," he said. "There were an exhausting three years of my life, but the wealth of the university was definitely worth it." (Chodera-Lewandowicz, 2008, p. 299).

1.2. The influence of Alfred Ohanowicz on Radwański's field of interests

It can be observed how Radwański's personality was developing due to his fascination with Lviv's professor Ohanowicz. Therefore, we can say confidently that this was a landmark of the professor's budding career. His tenure was finished by the monograph *Compensation for the non-pecuniary detriment* which started as a risky discourse that eventually changed the judiciary's statement regarding remedies into the Polish Code of obligations. In his paper he introduced his view on remedies that actually merged with the socialistic system of values. The monograph, apart from intellectual bravery and fair political argumentation, impresses by its solidity. The majority of its thesis is still a source of inspiration for the judicatory up to today (Sołtysiński, 1990, p. 7). Nonetheless, the mainstream of Radwański's literary output were his works regarding the theory of the law of obligations and tasks that we classify as a general part of civil law. They impress by the greatness of topics as well as their theoretical culture. Those most worthy of mention are: *The outline of the general part of civil law*, *Law of obligations* and many articles and glosses.

1.3. "Theory of contracts" (1977)

Arguably the most special piece of his literary output, however, is the monograph *Theory of contracts* from 1977 written during his stay at the Institute of Max Planck in Hamburg. In his dissertation professor Radwański analyzed contemporary legal systems in order to explain the problems of defining contracts in Polish law. He refreshed the meaning of key institutions of civil law, such as the freedom of contracts, typology of legal actions, the legal consequences of contracts and many more. The author used the heritage of jurisprudence combining it with other humanities to solve legal problems. Lawyers recognize the monograph as a masterpiece. Indeed, without the professor's findings we wouldn't be able to write any disserta-

tion in a matter of law of contracts. His elaboration contains a lot of valuable analysis that forms a legal basis for parties who want to sign a contract, as well as the idea of a declaration of will, legal action, freedom of contracts or typology of contracts. Such issues were developed further by Radwański many times afterwards. Moreover, among the publications regarding theory of obligations, we should also mention *The permanent obligations in a light of civil code*, *Leasing – the new sort of a contract*, *Mixed contracts*.

1.4. Patriot in a difficult time

Zbigniew Radwański was working and giving his lectures at many foreign universities, including: Freiburg, Paris, Berlin, Bonn, Hamburg, Munich and Muenster. He used to match the duties of the Chancellor of University with other scientific activities. He was in office from February 1, 1982, to August 31, 1984. It was a really tough time in the university's history, since in Poland there was a marital law announced and all personal decisions were mainly removed from The Party. The professor appeared unbreakable, elegantly struggling with all personal reshuffling while always respecting the rule of law. He showed a very patriotic stance many times. His biggest success was to establish the new statute based on democratic rules: focusing on the new authorities of the university. However, the rector at that time had to deal with some top down controls in order to expel some students and academics that were suspected of collaborating against the communist authorities in Poland.

During his academic career he was the chairman of the Institute of Civil Law, the Dean of the Faculty of Law and Administration, a delegate to the UAM senate and, as mentioned above, he served as Adam Mickiewicz University Chancellor. He organized and became chairman of the Poznań Branch of the Institute of Legal studies of the Polish Academy of Sciences. He also established himself as a respected legislator. For many years, he presided over the Legislative Council acting under the Prime Minister (1986–1992) and Civil Law Codification Commission acting under the Minister of Justice (1997–2010) (Olejniczak, 2013, p. 171). Also, we cannot omit the contribution of the professor's role as editor in chief of several outstanding juridical periodicals. Between 1981 and 1990 he was leading *Journal of Law, Economics and Sociology* (Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny) which is the oldest Polish academic journal. His connections with the journal lasted from the early 70s to the end his life. Under his leadership the periodic kept a very high educational level that encouraged distinguished representatives of law, economics and sociology. After termination of his office he

remained as a member of the Editorial Board (Kępiński, 2006, p. 79). Sequentially, there was *Polish Case Law* and the *Studies of Private Law.* Furthermore, he had a great input into other publications, such as *State and Law, The New Law* and *Civilianistic Studies.*

1.5. The person who taught and inspired

However, Zbigniew Radwański was, above all, a teacher. He never faced the feeling of an empty room, even though he was known as very demanding and he used to emphasize that there would be no indulgence during exams. But at the same time he appeared as a caring and attentive teacher very often providing books which were unavailable in Poland at that time. He managed to promote 10 doctors in law and the majority of them ultimately became professors. Zbigniew Radwański was a mentor and an educator to a whole generation of professors and authors. The professor used to emphasize how pleasant it was to work with Tadeusz Smyczyński, Janina Panowicz-Lipska, Bogdan Błażejczak, Andrzej Dyoniak, Andrzej Szlęzak, Tomasz Sokołowski or Roman Budzinowski (Sokołowski and Schramm, 2004, p. 243) – all of these professors were his pupils. The latter is the current dean of the Faculty of Law and Administration of Adam Mickiewicz University and, without any doubt, we can say that he does a great job.

1.6. Distinctions

Professor Radwański was the President of the Legislative Council of the Prime Minister from 1986–1992. In the years 1997–2010 he was appointed to serve as the President of the Civil Law Codification Commission at the Ministry of Justice. From 1993–1996, Radwański was the chairperson to the Committee of the Legal Department of the Polish Academy of Sciences.

For all of his achievements, the President of Poland, Mr. Bronisław Komorowski awarded him Poland's highest distinction – the Order of the White Eagle. On this occasion the President said that professor Radwański had made a great contribution to the development of contemporary Polish civil law. "The professor's influence on shaping and using the law in order to adapt the Polish legislation into European Union (EU) law was indisputable" the President said. His role was vital in Poland joining the European Union on May 1, 2004: it was absolutely crucial to establish legal provisions in accordance with the rules for each Member State. The Professor's role was enormous since he was in charge of Legislative Council (Olejniczak and

Panowicz-Lipska, 2013, p. 316). His findings were based on purposes connected with creating new law and modifying the current one. Therefore, the professor's advice was followed and he himself participated in the process of establishing a brand new Civil Code.

The professor's scientific merit was obviously appreciated by his mother university, Adam Mickiewicz in Poznań. He was awarded many distinctions, but the most important was the highest of them known as *"Palmae Universitatis Studiorium Posnaniensis"*. Also, the University of Szczecin honoured the professor by granting him the title of doctor *honoris causa.* During the celebration of this distinction it was emphasized that Radwański, in conceptions of civil law, used the findings of theory of law and other legal sciences, such as semiotics, philosophy and sociology in a creative way, but at the same time he had an impact on other fields of jurisprudence and, as a consequence, the whole culture of law (Czepita and Kuniewicz, 2008, p. 263).

1.7. Non omnis moriar

What is particularly admirable about Zbigniew Radwański is that he had plenty of interests to which he was very devoted. His research resulted in broad monographs and reports regarding family law (e.g. an unborn baby law, a legal situation of marriage (Radwański, 1979)), human rights, personal goods and their protection. He truly understood that development of sciences, new inventions and phenomena are supposed to be observed and taken into consideration when creating legal codes. He emphasized that the law should follow new achievements and constantly changing views on morality.

When we spoke with other professors of our University, who had the pleasure to work with Mr. Radwański, they all agreed on one thing: the professor was a kind-hearted person with a large sense of humor. He tended to say, for example, that his wife Urszula (with whom he spent more than 60 years) is the only person who understands him well since she is a pediatrician. Also, once on a chilly day, the professor had bad luck and fell down stairs at the Faculty's yard. Thus, he immediately ordered the installation of a railing. Since then it has been known as Radwański's railing.

The professor died at the age of 88. He was an outstanding professor of Law, and a widely recognized authority in the field of private law. Let us quote one of his co-workers and pupils, Prof. Adam Olejniczak with whom professor Radwański wrote an excellent handbook of civil law containing the law of obligations – without which we personally wouldn't be able to pass the exam: "His talent and uncommon diligence let Professor Radwański point other generations of civilians in directions that were, at the same time,

dignified and difficult to follow. He was my Master, Teacher and Educator for more than four decades" he said (Olejniczak, 2013, p. 179).

Maksymilian Pazdan added: "He did lots for Polish civil science by both his contribution and his effect on others. He will be always remembered." (Pazdan, 2013, p. 10).

2. The professor Radwański's input into the works over creating a new Polish Civil Code

2.1. The short history of the Civil Code

It is practically impossible to describe all of the achievements of Radwański in one work – as it was presented above, the professor's interests and accomplishments were exceptionally wide. That is why, in the next part of this paper, we will focus on one of his biggest works – the professor's input into creating the project of the new Polish Civil Code.

Up till now, in Poland in force has been the Civil Code enacted in 1964, that is, in the times of the Polish People's Republic. Irrespective of the innovative propositions presented by the Codification Commission during the interwar period, after the II World War the newly created Commission resigned from these modern regulations and included new, socialistic ideas into the act. As the result, the Civil Code from 1964 introduced some of the communistic concepts into the Polish law system of that time (Radwański, 2010a).

Over the time, since 1980's, in the act created over fifty years ago, numerous changes and amendments have appeared – some of the regulations have been abolished by the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland as inconsistent with the ideas of the new Polish Constitution and the democratic system (Sobczak, 2010). There were many reasons of these transformations such as new technical and economic achievements, alongside with introducing new law institutions, accession of Poland into the European Union and enactment of the Polish Constitution in 1997 as a symbol of the democracy (Kaczorowska, 2009, p. 19).

It is unquestionable, that the Civil Code plays a very important role in Polish legal system – it is said that it is a sort of the Constitution of a private law (Sobczak, 2010). Nevertheless, because of the numerous changes, very often introduced '*ad casum*', the existing code became incomplete and not systematized, even obsolete (Radwański, 2009, p. 135). Another important problem to notice is the fact, that in order to become a member of the European Union, Poland was obliged to implement the variety of European di-

rectives in a short time. Implementing the EU complex regulations into the Polish legal system sometimes was very hasty and incorrect, especially in terms of translation. This led to the disorder in the Polish legal system and to the weakening of the status of the Civil Code as the fundamental civil law act (Radwański, 2004, p. 9). Thus, among people from the legal communities and also in the Polish parliament (Radwański, 2004, p. 7) occurred the idea of creating the new Civil Code which would meet the needs of the new economic, political, technical and social system.

2.2. The discussion over the new Polish Civil Code

One of the main propagators of this idea was professor Zbigniew Radwański, who as we stated at the beginning, was a great representative of the Polish civic school. Between 1997 and 2010 professor was chairing the Civil Law Codification Commission in Poland, with which he had the opportunity to start works over creating the new act. Most of the prepared concepts were introduced in the work: *Green paper* from 2006, which, as its creators believed, was supposed to lead to the discussions about the civil law codification in the future. And that is exactly what has happened. One of the most interesting discussions took place in the conference on March 29, 2007 in Warsaw, where opinions were presented by such authorities as prof. Zieliński, prof. Smyczyński, prof. Łętowska and of course prof. Radwański himself (Wróbel, 2007).

As the time is passing, it becomes obvious, that the idea of creating the new Civil Code not only has many followers but also opponents, especially from the circle of judges who are emphasizing the importance of maintaining the current legal system. For example, they are referring to the law stability principle, which can be violated by enacting a new code (Radwański, 2007a, p. 14). Moreover, the opponents have presented another, more technical problem – a new numeration of the law regulations, without any doubts, will make the code difficult to use at the beginning. They also invoke the Napoleon's Code from 1804, which at this time has over 200 years and is still used in France. In this way, they are opposing the argument about the Polish Civil Code being obsolete.

Those arguments seem not convincing enough for the followers of the modernization of the Civil Code. They, and between them professor Radwański, claim that the principle of the law stability does not mean it cannot be changed, especially when there is a reasonable need for its change. Professor refuted the argument relating to the Napoleon's Code by explaining, that comparing the Polish code with the French one is not suitable because

of the different history and political system of these countries (Radwański, 2006a, p. 150). The remainings of the socialistic system are still visible in the Polish Civil Code and that is one of the reasons for it to be changed.

2.3. The outline of the project

In the conference mentioned above, prof. Radwański read a lecture concerning the main ideas and the general attributes of the new Civil Code. First of all, he underlined the fact, that the Civil Code should present a very transparent division between the public and private law and he pointed out that this specific act should be dedicated typically to the private law. He also noticed, that there are two principles, which should define all regulations of the act, that is: the principles of the equality and autonomy of the civil law relations subjects (Wróbel, 2007, p. 734).

The project of the new Civil Code presents a wide range of changes – they have been thoroughly described in the *Green paper* and in the project of the Book I itself. That is why, in this work we will focus only on the matters which seem to be the most important and interesting. Firstly, we will pay attention to the institutions which are currently not included in the Civil Code, but which, according to the CLCC (Civil Law Codification Commission), should find its place in the act.

Civil Code, as we already noticed, is the basic act of the Polish private law, thus, it should regulate all of its aspects within it. In example, professor Radwański underlines the importance of enacting the family law within the Civil Code as a very important branch of the private law – this kind of regulation is also typical for other legal systems of the European countries (Radwański, 2007a, p. 7). Except for the family law, there are other numerous institutions which should find their place in the project of the new Civil Code, such as mortgage, lien and right to lease living accommodation. For the same reasons, the jurists, who are in favour of the new codification argue, that the wide area of the consumer's contracts should also be constituted within the act, but only together with the thorough and well thought changes in the law of obligations (Radwański, 2007a, p. 13).

2.4. The Contract law

In the *Green paper* professor Radwański pays attention to the big problem of disintegration of the law of obligations, which is mostly the result of many extracodical acts, usually the so-called comprehensive acts which

combine different branches of law and exist as separate acts, not as a part of the Civil Code (Radwański, 2006a, p. 63). Systematization of this disintegration is one of the main aspects of the works of the Codification Commission.

The scope of the contract law is exceptionally wide. One of the main questions is the problem of the contracts. Currently, in the Civil Code there are no regulations which define such institutions as the right to lease living accommodation, travel contract or the agreements from the area of the banking law. Professor Radwański points out the need to include all types of contracts in the Civil Code because of the fact that this matter is typically in the range of the private law (Sobczak, 2010). Moreover, in one of his works, professor presented his proposition of the systematization of the contracts in the future code, with the division into the titles, sections and subsections. For example, the title: "the agreements regulating the transfer of the rights" would include sections: sale, supply, contracting, selling a business, exchange, donation (Radwański, 2012, p. 8). The idea of the new systematization prof. Radwański explains with these words: "The current systematization of the contracts in the Polish Civil Code has been rightly criticized for its chaotic and accidental structure. The new organization of the contracts should be based on the criterion of their subject matter and by bundling them into a larger entity of the text." (Radwański, 2012, p. 14). Moreover, the division presented by professor in his work seems very logic and orderly.

2.5. The consumer's law

In the *Green paper* Professor Radwański draws much attention to the problem of the consumer's contracts, that is the agreements between the consumer and the entrepreneur. As a result of Poland's accession into the European Union it was necessary to regulate Polish consumer's law in the image of the European, in which "as part of the common market law, it is primarily to facilitate the free movement of goods, capital, services and persons." (Radwański, 2006a, p. 70). The European Union aims at standardization of this law in all of its countries. In Poland, the EU directives were implemented with the aid of a so-called mixed model – some of the regulations were included by the legislators into the Civil Code, and the other were systematized in the separate acts. Moreover, some of the institutions of law were regulated in both, the Civil Code and another act, for example the very broad problem of the consumer's sales (Radwański, 2006a, p. 78). As the result, in Polish law system appeared many discrepancies concerning consumer's law.

In the past, when Poland was hastily striving for the place among the European Union countries, the legislators had not enough time to properly prepare the Polish law system to the implementation of the new directives – these days, the situation seems to be completely different and without any doubts, more favorable. Consequently, in Poland arose vivid discussions concerning the systematization of the consumer's agreements in the future, that is whether they should be regulated in the Civil Code or not (Radwański, 2006a, p. 79). Undoubtedly, the codification of the consumer's law in one place, in the code, will result in the cohesive and logical system what would allow to use the law regulations in an easy and proper way. On the other hand though, this systematization seems very complex and difficult, for this area of law is developing constantly. This problem is the subject of many doubts and debates, but professor Radwański underlines, that these days, Poland has enough time, to focus on the slow and accurate implementation of the main problems and institutions of the consumer's law into the Civil Code (Radwański, 2006a, p. 83).

2.6. Project of the Book I of the Civil Code

The civil law modernization projects another, not less important problems from the other sections of the Civil Code. Some of them are described in the project of the Book I, prepared by the CLCC in 2008 – this part includes the general regulations of the Polish civil law (Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, 2008). For example, interesting seems to be the definition of the "consumer", which is closely related to the term "entrepreneur". In the present act, these concepts are regulated separately, but in the legal relationships they are very often used together, as opposing entities. That is why, in the project of the Book I, the CLCC presents the regulation of the term "consumer" in the Art. 55, next to the definition of the "entrepreneur" in the Art. 57 (Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego, 2008, p. 60).

The project presents also the regulation of the separate category of entrepreneurs, that is the small entrepreneur (Art. 59) – "the natural person, who conducts a business activity, usually local, based on the personal relationships with the clients, who has a small income which does not oblige him to keep the account books" (Kaczorowska, 2009, p. 23).

Interesting seems the problem of the freedom of contract – in the Polish code, the law regulating this matter is placed in the part dedicated to the contract law, that is in the Book III, in the Art. 353^1**.** This evokes the impression, that the freedom of contract relates solely to the law of obligations. In this case the CLCC decided, that in order to underline the importance of this

institution for the free-market economy, this regulation should be placed in the general part of the Civil Code, next to definition of the contract, that is in the Art. 79 §2 (Kaczorowska, 2009, p. 24).

It is important to mention also the problem concerning the forms of act in law, namely the form *ad probationem*, which is not very common in the other legal systems. The CLCC projects renunciation from it, in order to resign from the excessive formalism of the legal relations. As the result, in case of a misuse of the required form in the legal action, the principle *ad solemnitatem* shall be applied (Kaczorowska, 2009, p. 25).

2.7. Perpetual usufruct

In the scope of the property law, one of the branches of the civil law, the CLCC also proposes numerous changes, one of which concerns the institution called perpetual usufruct. Professor Radwański questions the necessity its existence claiming its usage in the modern system is irrelevant. It is important to remark, that perpetual usufruct is the institution of the property law characteristic for the socialistic law system, based on the presumption, that real property belongs to the state and not its citizens (Sobczak, 2010). Problematic for the legal system is allocating the perpetual usufruct between the property law and other ownership rights – this even opposes the regulations included in the Polish Constitution (Radwański, 2006a, p. 52). In the Polish legal system has already occurred the tendency to gradually resign from the institution of perpetual usufruct in order to transform it into the property law.

Taking those arguments into account the CLCC proposed to introduce a right to develop a plot of land as a new category of the institution of the other proprietary rights in lieu of perpetual usufruct. "It would serve to support all types of construction, both above and below ground. Such rights could be established over private land, and not just communal and state land." (Radwański, 2006a, p. 53).

2.8. Conclusion

For the time being, preparations over the enactment of the new Civil Code are still in progress. In fact, Poland is at the beginning of these works. Many questions and problems are still the subject of the heated discussions in the legal communities. For the reason of the constant economic and technical development and changes, as well as the European Union's legislation,

which strongly influences Polish legal system, the codification process seems very complex and protracted. In this context, very important seems to be professor Radwański's remark – he believes that the problematic process of assimilation is related to law evolution. That is why the introduced changes cannot be sudden and unexpected – they should be the continuation of the Polish civic tradition (Radwański, 2006a, p. 151).

Biographical reference:

Anna Bratek – student of European Law at Adam Mickiewicz University in Poznań.
Magdalena Uba – student of Law and a graduate of the Russian-English Philology at Adam Mickiewicz University in Poznań.

References

Chodera-Lewandowicz, D. (2008). Trzeba mieć spokój, odwagę i mądrość, rozmowa z profesorem Zbigniewem Radwańskim, przewodniczącym Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości. *Kronika Miasta Poznania*, 3, 289–307.

Czepita, S., Kuniewicz, Z. (2008). Profesor Zbigniew Radwański Doktorem Honoris Causa Uniwersytetu Szczecińskiego. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1, 263.

Kaczorowska, M. (2009). Rekodyfikacja prawa cywilnego w Polsce wobec europejskiego prawa prywatnego. Rozważania na tle projektu księgi i kodeksu cywilnego. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 9, 19–29.

Kępiński, M. (2006). Zbigniew Radwański. Redaktor naczelny 1982–1990. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2, 79.

Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego (2008). Księga Pierwsza Kodeksu Cywilnego. Projekt z uzasadnieniem. http://www.ms.gov.pl/kkpc/kkpc.php (27.01.2015).

Olejniczak, A. (2013). Profesor Zbigniew Radwański 1924–2012. *Nauka*, 1, 169–180.

Olejniczak, A., Panowicz-Lipska, J. (2013). Profesor dr, dr h.c. Zbigniew Radwański (1924–2012). *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1, 316.

Pazdan, M. (2013). Wspomnienie o Profesorze Zbigniewie Radwańskim. *Przegląd Sądowy*, 5, 10.

Radwański, Z. (ed.) (1997). *Studia z prawa zobowiązań. Najem mieszkań a grupa rodzinna*. Warszawa-Poznań: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Radwański, Z. (2004). Założenia dalszych prac kodyfikacyjnych na obszarze prawa cywilnego. *Państwo i Prawo*, 3, 5–13.

Radwański, Z. (ed.) (2006a). *Green Paper. An Optimal Vision of the Civil Code of the Republic of Poland*. Warszawa: Ministerstwo Sprawiedliwości.

Radwański, Z. (2006b). In: A. Gulczyński (ed.) (2006b). *Alfred Ohanowicz. Ojciec polskiej cywilistyki*. W ramach serii Magistri nostri. Profesorowie Wydziału Prawa Poznańskiego Uniwersytetu. Poznań: Wydawnictwo Poznańskie.

Radwański, Z. (2007a). Zielona księga. Optymalna wizja Kodeksu cywilnego Rzeczypospolitej Polskiej. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1, 5–16.

Radwański, Z. (2007b). In: A. Gulczyński (ed.). *A. Ohanowicz. Wybór prac*. Warszawa: Wydawnictwo C.H. Beck.

Radwański, Z. (2012) Wstępny projekt systematyzacji tak zwanej części szczegółowej prawa zobowiązań. *Transformacje Prawa Prywatnego*, 1, 5–14.

Sobczak, K. (2010). Zbigniew Radwański: Kodeks cywilny wymaga unowocześnienia. *Kancelaria*, 7–8. http://www.lex.pl/czytaj/-/artykul/zbigniew-radwanski-kodeks-cywilny-wymaga-unowoczesnienia (27.01.2015).

Sokołowski, T., Schramm, T. (2004). *Poczet Rektorów Almae Matris Posnaniensis*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.

Sołtysiński, S. (1990). *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego: (studia i rozprawy). Księga pamiątkowa ku czci profesora Zbigniewa Radwańskiego*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.

Wróbel, M. (2007). Główne założenia projektu Kodeksu Cywilnego. *Monitor Prawniczy*, 13, 733–740.

Życie prof. Radwańskiego i jego wpływ na kształt nowego Kodeksu Cywilnego

Streszczenie

Zbigniew Radwański należał do najwybitniejszych polskich cywilistów. Jego dorobek naukowy stanowi źródło rozważań i wielu odniesień współczesnych prawników. Jego droga życiowa, od najmłodszych lat do czasów, gdy objął funkcję rektora poznańskiego uniwersytetu, była niezwykle trudna – wojna spowodowała, że niełatwo było mu zdać maturę, a w czasie studiów fakt, że rodzina nie należała do klasy robotniczej, znacznie utrudniał mu ich ukończenie. Mimo to Z. Radwański kontynuował naukę i związał swoje życie zawodowe z uniwersytetem poznańskim. Dzięki cywilistom miary Zbigniewa Radwańskiego możemy korzystać z doskonałych opracowań zawierających teorie prawne, które w czasach minionych zdawały się być wizjonerskie, a okazały się uniwersalne i do dziś aktualne.

Nadzwyczaj ważny jest wkład profesora Radwańskiego – w ramach jego działalności jako przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego – w prace nad stworzeniem nowego Kodeksu Cywilnego. Profesor uważał, że Kodeks Cywilny w swej obecnej formie, na skutek licznych zmian i nowelizacji, stracił pierwotny kształt oraz znaczenie. W tej sytuacji, w porozumieniu z Komisją, zaproponował opracowanie nowego Kodeksu Cywilnego, który będzie odpowiadał dzisiejszym realiom i uwzględni przemiany, które miały miejsce na przestrzeni dziesiątek lat.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, profesor, kodyfikacja, Kodeks Cywilny.

Вклад Владимира Александровича Рясенцева в российское семейное право

Wkład Władimira Aleksandrowicza Riasienciewa w rosyjskie prawo rodzinne

МАРИЯ БЫСТРОВА, АРТЁМ СОРОКИН

Резюме

7 октября 2014 года исполнилось 105 лет со дня рождения заслуженного деятеля науки РСФСР, доктора юридических наук, профессора Рясенцева Владимира Александровича. Ему принадлежит достойное место в ряду выдающихся отечественных ученых-цивилистов и педагогов высшей школы. Владимир Александрович Рясенцев – один из выдающихся цивилистов советского времени, занимавшийся проблемными вопросами семейного права и внесший неоценимый вклад в формирование и становление современного российского семейного права.

В рамках данной статьи будет изложена биография цивилиста, а так же проведен анализ наиболее дискуссионных вопросов, разрешенных этим известным ученым, и сравнение теоретических воззрений Владимира Александрович Рясенцева с тенденциями современной российской доктрины и правоприменительной практики.

Ключевые слова: семейное право, супруги, общее имущество, личное имущество.

Введение

Владимир Александрович Рясенцев родился 7 октября 1909 года в Пензе в семье медицинских работников (отец – терапевт, впоследствии заслуженный врач республики, мать – стоматолог) (*Семидесятилетие профессора В.А. Рясенцева*, 1980, с. 104). В 1926 году им была окончена девятилетняя школа и спустя год, в 1927 году поступил в Ленинградский университет на факультет советского права. В течение обучения В.А. Рясенцев отличался большим трудолюбием и глубоким аналитическими способностями. Факультет права был окончен в 1931 году и он получил заветную специальность – юрист.

Своими знаниями с В.А. Рясенцевым делились опытные преподаватели Ленинградского государственного университета – С.И. Аскназий, Я.М. Магазинер, М.Я. Пергамент, В.К. Райхер, которые оказали большое влияние на формирование научных взглядов и жизненных приоритетов будущего учёного, привили пока ещё студенту любовь к юридической науке.

Спустя некоторое время В.А.Рясенцев вернулся работать в родной город Пенза и для получения практического опыта стал работать юрисконсультом. В 1933 году он поступил в Московский плановый экономический институт, потому что почувствовал нехватку знаний в области экономики. Институт был окончен с блестящими оценками по заочной форме обучения в 1936 году. В.А. Рясенцев стал не только дипломированным юристом, но и экономистом, затем переехал работать в Москву юрисконсультом в трест „Союзкинохроники".

Вот что о себе писал правовед: „По национальности я еврей. В комсомоле не состоял, так как в юности был очень болезненного состояния здоровья [...] Беспартийный. Общественную работу выполнял различную. В Советской Армии не служил. В плену не был. Мои родственники также не были в плену и на оккупированных территориях. К судебной ответственности не привлекался. Мои ближайшие родственники – родители, брат, Анатолий Рясенцев, живет в Пензе, сестра, Нина Рясенцева, живет в Москве. Детей у меня нет. У брата и сестры также." [Сведения из материалов, хранящихся в архиве Московского государственного юридического университета имени Кутафина и Государственного архива Российской Федерации (Ф. 8080. Оп. 4. Д. 254] (Масляев, 1993, с. 55).

Работая в „Союзкинохронике", в 1936 году В.А. Рясенцев поступил в аспирантуру Московского юридического института, которую под руководством Г.Н. Амфитеатрова успешно окончил в 1939 году. Тема его кандидатской диссертации была: *Обязательства из неосновательного*

обогащения. Для своего первого научного труда молодой ученый выбрал такую область отношений, которая в отечественной литературе того периода практически не освещалась (Масляев, 1993, с. 56). И это не просто случайность, а как видно из его дальнейшей научной деятельности, тенденция – В.А. Рясенцев последовательно стремился восполнить пробелы в исследовании теоретических проблем юридической науки. В.А. Рясенцев изучил немецкий и французский языки, сам делал юридические переводы, а также достаточно свободно изъяснялся на этих языках в течение всей своей жизни.

В 1939 году ему было присвоено ученое звание доцента. Несмотря на молодость, он уже считался опытным кадровым работником, хорошо разбирающимся в тонкостях образовательной деятельности. С 1937 года В.А. Рясенцев одновременно преподавал в четырех образовательных учреждениях: в Московском юридическом институте, в Военно-юридической академии, в Московском университете и во Всесоюзном юридическом заочном институте (далее – ВЮЗИ). Педагогический стаж ученого превысил полвека. Большая педагогическая нагрузка объясняется тем, что в то время необязательно было числиться только на одной работе (в то время не было понятий совместительства и трудовая книжка в том значении, которое мы имеем сегодня), а желание преподавать было огромным. К тому же в стране наблюдался острый дефицит специалистов-правоведов.

Уже в 1950-х годах В.А. Рясенцев окончательно сложился как педагог и добросовестный научный работник. За почти десять лет (1937–1947) им было опубликовано свыше 25 работ, среди которых следует отметить такие важные научные статьи, как *Давность* (1937), *К вопросу о новации в советском гражданском праве* (1938), *Неимущественный интерес в советском гражданском праве* (1939), *Договор об отчуждении имущества на условиях пожизненного содержания* (1946).

Много внимания В.А. Рясенцев уделял методике преподавания, в том числе заочного юридического образования в СССР. Эта сфера деятельности была особенно актуальна в период Великой Отечественной войны и сразу после ее окончания. Показательно, что даже в середине 1960-х годов в стране из 60 тысяч студентов-юристов 40 тысяч получали юридическое образование заочно. В.А. Рясенцев опубликовал статьи о задачах вузов во время войны, о работе научных студенческих кружков, ведь именно работе научных студенческих кружков ученый уделял большое внимание. Он бессменно на безвозмездной основе руководил студенческим кружком по гражданскому праву на юридическом факультете Московского государственного университета несколько десятилетий подряд.

В 1950 году В.А. Рясенцев защитил докторскую диссертацию по теме *Представительство по советскому гражданскому праву*. На тот момент ему исполнился 41 год. Тогда, как и сейчас, это считалось большим достижением. Начиная с февраля 1950 года, он стал исполнять обязанности заведующего кафедрой гражданского права ВЮЗИ**.** Уже через два с половиной года он был избран заведующим этой кафедрой, которой блестяще руководил целых 48 лет. В этом же время он получил звание профессора.

Без личного участия В.А. Рясенцева не проходила работа ни над одним значимым правовым актом, так или иначе связанным с вопросами гражданского права. Он активно участвовал в подготовке Основ гражданского законодательства 1961 года, Гражданского Кодекса Российской Социалистической Федеративной Советской Республики (далее – ГК РСФСР) и Гражданских кодексов других союзных республик. Возглавляемым В.А. Рясенцевым авторским коллективом были написаны и изданы многочисленные учебники по гражданскому и семейному праву (Мусин и Котлярова, 1969, с. 141). Им был подготовлен один из первых учебников по советскому изобретательскому праву, а также первый и в течение долгого времени остававшийся единственным учебник по патентоведению.

Достаточно внимания В.А. Рясенцев уделял проблемам изучения и преподавания римского права. В разные годы вышло четыре издания его методических указаний по изучению курса *Основы римского права* и три издания сборника схем по римскому праву.

Учебник В.А. Рясенцева *Советское семейное право* переведен и издан в Японии, где так сильно почитаются семейные традиции. В действительности это уникальный случай, когда в Японии издавалась наша правовая литература. До настоящего времени больше никому из правоведов этого сделать не удалось. Его совместная работа с Владимиром Ивановичем Серебровским под названием *Семейное и наследственное право* была практически единственным в то время пособием для студентов и практиков, поскольку отражала существенные изменения, происходившие в 1944 и 1945 годах в семейном и наследственном законодательстве.

В.А. Рясенцев подготовил целую плеяду блестящих учеников. Благодаря его усилиям в стране стало на 12 докторов и 60 кандидатов юридических наук больше. (Масляев, 1993, с. 58). Не жалея ни времени, ни сил он был занят подготовкой достойной смены.

В мае 1991 года В.А. Рясенцев перенес тяжелую операцию. Долгое время ученый не мог подниматься с постели. При каждой возможности

он немедленно садился за рабочий стол и начинал работать, чувствуя себя по-настоящему счастливым человеком.

В 1992 году в журнале *Юстиция* (№ 9–10) была опубликована последняя статья В.А. Рясенцева, посвященная исследованию правовой природы фьючерсных и опционных сделок. Анализ давался как с позиций сегодняшнего дня, так и с позиций права, существовавшего в дореволюционной России.

Однако состояние здоровья В.А. Рясенцева не оставляло никаких шансов выздоровления. В августе 1992 года В.А. Рясенцев скончался. Он похоронен на Пятницком кладбище.

В.А. Рясенцев обладал фундаментальной эрудицией, был настоящим интеллигентом, профессионалом в самом высоком значении этого слова, сочетал в себе строгость, принципиальность, душевную доброту и заботу к окружающим. Кроме того, он был великолепным пианистом. Слушая его музыкальные импровизации, коллеги без преувеличения сожалели, что В.А. Рясенцев не в полной мере раскрыл свой музыкальный талант (Масляев, 1993, с. 61).

Профессор Владимир Александрович Рясенцев прошел большой трудовой и научный путь. Его творческое наследие остается востребованным и по сей день. За свою работу он был награжден: медалью „За доблестный труд в Великой Отечественной войне" (в 1945 году), медалью „За трудовую доблесть" (1961 год), медалью „За доблестный труд" (в 1970 году). В самом конце жизненного пути ему было присвоено почетное и заслуженное звание „Заслуженный деятель науки РСФСР". Указ Президиума Верховного Совета РСФСР об этом был подписан 27 апреля 1991 (Семидесятилетие профессора В.А. Рясенцева, 1980, с. 104).

Вклад в развитие российского семейного права

С именем В.А. Рясенцева тесно связано развитие советского семейного права. Большое количество трудов этого известного советского цивилиста посвящены имущественным отношениям супругов. В рамках настоящего исследования следует остановиться на некоторых научных разработках ученого применительно к имущественным отношениям супругов. Следует отметить, что все правовые проблемы, изложенные в рамках данной статьи, не теряют своей актуальности и по сей день.

Прежде чем приступить к освящению научных разработок выдающегося ученого, необходимо провести экскурс в законодательное

регулирование имущественных отношений супругов в советском праве.

Так, в статьях 20, 22 Кодекса о браке и семье РСФСР в редакции от 1969 года (далее – КоБС) имущество, принадлежащее супругам, подразделялось на общее и личное. Под личным имуществом понималось: а) имущество, приобретенное до брака; б) имущество, полученное одним из супругов по наследству либо в дар во время брака; в) имущество, которое по обоюдному согласию супругов выделено в собственность одного из них; г) имущество, приобретенное во время брака, но состоящее из вещей, предназначенных для удовлетворения личных нужд, то есть вещей индивидуального пользования.

Аналогичные категории личного имущества супругов закреплены в современном российском семейном законодательстве. Статья 36 Семейного Кодекса Российской Федерации (Семейный кодекс Российской Федерации от 29.12.1995 №223-ФЗ; далее – СК РФ) к личному имуществу супругов относит: вещи индивидуального пользования, за исключением предметов роскоши; имущество, принадлежавшее каждому из супругов до вступления в брак; имущество, полученное одним из супругов во время брака в дар, в порядке наследования или по иным безвозмездным сделкам; исключительное право на результат интеллектуальной деятельности, созданный одним из супругов.

Все остальное имущество, нажитое во время брака, считалось общим имуществом супругов. Данная категория общего имущества состояла, прежде всего, из вещей совместного пользования. Так же в общее имущество супругов входили следующие категории: денежные сбережения независимо от источника их получения (заработная плата, авторское вознаграждение, пенсия); вещи, приобретенные в кредит одним из супругов; паевые взносы; имущество, приобретенное на общие денежные сбережения супругов во время брака; предметы роскоши. Следует отметить, что предметами роскоши считались особо ценные вещи, не являющиеся необходимыми для удовлетворения обычных потребностей граждан, находящиеся в пользовании одного супруга. Аналогичная трактовка используется и современной российской правоприменительной практике.

Как и в современном российском семейном праве на общее имущество супругов распространялся режим общей совместной собственности. Общая совместная собственность носила бездолевой характер, то есть заранее размер доли каждого супруга не был определен ни законом, ни соглашением супругов. Доля каждого супруга в общем имуществе могла быть определена только в момент раздела.

Далее остановимся на нескольких наиболее дискуссионных вопросах, связанных с имущественными отношениями супругов, и воззрениях В.А. Рясенцева относительно разрешения анализируемых проблем.

Режим собственности на предметы профессиональной деятельности супругов

Применительно к такой категории личного имущества супругов как имущество, приобретенное во время брака, но состоящее из вещей индивидуального пользования, В.А. Рясенцев анализирует занимательный вопрос: являются ли предметы профессиональной деятельности одного супруга, например, скрипка музыканта, медицинские инструменты врача или профессиональный набор инструментов, личной собственностью супруга?

Советский закон не давал прямого ответа на этот вопрос. Решение вопроса зависело от того, как в дальнейшем будет истолковано выражение „вещи индивидуального пользования", имеющееся в части 2 статьи 22 КоБС. На тот момент в судебной практике господствовала позиция, согласно которой предметы профессионального труда признавались общей собственностью супругов (Рясенцев, 1971, с. 91).

Цивилист, критикуя позицию судебной практики, обращал внимание на то, что с одной стороны, данное имущество необходимо для осуществления профессиональной деятельности, а с другой стороны, могут возникнуть ситуации, когда этим имуществом может пользоваться другой супруг и иные члены семьи. Таким образом, В.А. Рясенцев сделал следующий вывод: при расширительном толковании норм КоБС к личному имуществу супруга могут быть отнесены предметы его профессионального труда, что дает основания для признания этих предметов личной собственностью супруга, однако, если таким предметом профессиональной деятельности супруга пользуются другой супруг и иные члены семьи, например, на скрипке помимо супруга играют еще и дети, то такое имущество должно поступить в общую собственность супругов.

Следует отметить, что аналогичный подход распространен и в современной российской доктрине. Так, А.М. Нечаева указывает на то, что СК РФ не определяет правовой принадлежности предметов профессиональной деятельности, используемых супругами, однако, в судебной практике и доктрине уже достаточно давно высказывались предложения считать их личным имуществом супруга-профессионала.

А.М. Нечаева подтверждает такую позицию, если предмет стоит недорого. Однако в случае же значительной стоимости автор полагает, что его статус должен определяться аналогично предметам роскоши, поскольку в их приобретение, как правило, вложены средства обоих супругов. Поэтому при разделе супругами имущества, например, дорогой концертный рояль, приобретенный в браке, следует передать супругу-пианисту, но половина стоимости этого инструмента должна перейти другому супругу. Это позволит учесть интересы обоих партнеров в браке и гарантировать реальность принципа их равенства (Нечаева, 2011, с. 120; Рейхель, 1840, с. 115; Ворожейкин, 1969, с. 62). По такому же пути идет и современная судебная практика (Апелляционное определение СК по гражданским делам Алтайского краевого суда от 29.10.2013 N 33-8716/13; Постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 24.07.2013 N Ф08-3761/13 (А32-31/2013); Апелляционное определение Пермского краевого суда от 24.04.2013 N 33-3759).

Режим собственности относительно заработной платы супругов

Как отмечалось выше, советское законодательство распространяло на общее имущество супругов режим общей совместной собственности. В общее имущество супругов входили денежные сбережения независимо от источника их получения.

Применительно к данной категории общего имущества супругов В.А. Рясенцев разбирает интересный вопрос, который и в настоящее время вызывает множество споров в доктрине и правоприменительной практике, а именно в какой момент заработок одного из супругов становится общей собственностью: в день начисления, в момент выдачи или в момент поступления заработка в семью?

В.А. Рясенцев приходит к выводу о том, что наиболее правильным является последний вариант, а именно с момента поступления заработка в семью (Рясенцев, 1967, с. 88). Цивилист аргументировал свой вывод следующим.

Общим имуществом становится лишь неизрасходованная, сбереженная заработная плата или иные трудовые доходы. Признание только начисленной или выданной зарплаты уже общим имуществом шло бы вразрез с основополагающим принципом трудового права, согласно которому заработок принадлежит тому лицу, труд которого оплачи-

вается. Основываясь на том, что супруг не должен исключаться из под действия этого конституционного положения, В.А. Рясенцев указывает на то, что супруг может израсходовать свой заработок по своему усмотрению, эти действия будут законными. Если бы подлежащая выплате одному супругу заплата или иной вид заработка были общим имуществом, то они должны были бы выплачиваться и другому супругу целиком или, по крайней мере, в половине без всякой доверенности, лишь на основании документа, удостоверяющего личность, и свидетельства о регистрации брака.

Однако, В.А. Рясенцев обращает внимание на то, что по устоявшейся советской правоприменительной практике зарплата или иное вознаграждение за труд могли быть выданы другому лицу только по доверенности супруга-работника. Следовательно, только он рассматривается как субъект соответствующего имущественного требования. Если бы заработная плата, причитающаяся к выплате, принадлежала обоим супругам, то обращенное на нее взыскание по личному долгу супруга-работника не могло бы затрагивать права другого супруга. Между тем в советском гражданско-процессуальном законодательстве были случаи, в которых имело место удержание в размере 50%, когда на долю второго супруга остается не 50%, а 25% заработка. Это не могло бы иметь места, если бы право на начисленную заработную плату принадлежало также и второму супругу.

Цивилист отмечал, что в такой ситуации, когда супруг добровольно переводит полученную зарплату в виде алиментов родителям или детям от другого брака, эти действия являются правомерными, хотя бы другой супруг и был против такого расходования зарплаты. Если бы до внесения в семью зарплата была бы уже общей собственностью, то указанные действия нарушали также право другого супруга и считались бы противоправными, как, например, продажа дома, принадлежащего супругам на праве общей собственности, без согласия другого супруга.

Так же В.А. Рясенцев высказывал следующие соображения в пользу отстаиваемой позиции: если супруги живут совместно или раздельно, но один из супругов не вносит заработную плату на ведение общего хозяйства или на содержание нетрудоспособного и нуждающегося супруга, то последний не вправе требовать раздела заработной платы трудоспособного супруга на две части, что было бы возможно, если бы заработная плата представляла собой общую собственность. Нуждающийся нетрудоспособный супруг мог требовать лишь взыскания алиментов, но это требование не вытекает из прав на общее имущество супругов (Рясенцев, 1956, с. 35).

Следует обратить внимание на то, что в действующем российском законодательстве подход, обоснованный В.А. Рясенцевым, не получил должного закрепления. Так, согласно пункту 2 статьи 34 СК РФ к общему имуществу супругов, нажитому во время брака, относятся общие доходы супругов от трудовой деятельности. Современная доктрина и правоприменительная практика склоняются к тому, что заработная плата должна признаваться общим имуществом супругов с момента ее начисления (Пчелинцева, 2006, с. 151).

Режим собственности на общее имущество лиц, состоящих в фактических супружеских отношениях

Согласно статье 20 КоБС фактические супружеские отношения, то есть сожительство, не порождают режим общей собственности. Поскольку сожительство в отличие от брака не создает общности имущества, то вещи, приобретенные одним из лиц, не состоящих в браке, принадлежат только ему. При возникновении спора размер доли каждого в общем имуществе определяется с учетом вложенных средств и труда. Если женщина при фактических супружеских отношениях не имеет заработной платы, а занимается ведением общего хозяйства или воспитанием детей, то при этом пришлось бы все приобретенные вещи признать принадлежащими мужчине. Но поскольку женщина своим трудом по хозяйству сберегла заработанные мужчиной деньги, ее доля в общей собственности должна быть установлена судом исходя из ее трудового участия в ведении домашнего хозяйства. В соответствии с этим следует производить раздел имущества между сожителями. Иначе на стороне мужчины имело бы место неосновательное сбережение имущества за счет сбережения труда в домашнем хозяйстве женщины.

Далее В.А. Рясенцев рассматривает следующую ситуацию, которая и по настоящее время не имеет однозначного разрешения: лица, состоящие в фактических супружеских отношениях, возвели дом до брака, а затем, вступив в брак, достраивали объект и производили его улучшения. Возникает вопрос: каков режим этого имущества супругов?

В советской правоприменительной практике господствовала точка зрения, согласно которой такое имущество должно поступать в общую долевую собственность. В.А. Рясенцевым была выдвинута следующая идея: в случае раздела такого имущества по причине развода необходимо к имуществу, нажитому до брака, применять нормы об общей долевой собственности, а к имуществу и улучшениям, нажитым

во время брака, должны быть применены правила об общей совместной собственности супругов.

Следует отметить, что данный подходполучил признание в современной российской правоприменительной практике (Определение Московского городского суда от 12.12.2013 N 4г – 11818/13; Определение Санкт-Петербургского городского суда от 06.11.2012 № 33 – 15488/12). Согласно статье 37 СК РФ имущество каждого из супругов может быть признано их совместной собственностью, если будет установлено, что в период брака за счет общего имущества супругов или имущества каждого из супругов либо труда одного из супругов были произведены вложения, значительно увеличивающие стоимость этого имущества.

Распоряжение общим имуществом супругов

В.А. Рясенцев уделял большое внимание проблемным вопросам совершения сделок одним супругом с третьими лицами относительно общего имущества супругов. При совершении сделок одним супругом в отношении общего имущества предполагается, что он действует с согласия другого супруга и доверенности от имени последнего не требуется. Сделка, совершенная супругом, не может оспариваться другим супругом по мотиву, что он не давал согласия на совершение такой сделки, если контрагент действовал добросовестно (Немков, 1966, с. 61).

Иное правило поставило бы в затруднительное положение как супругов, так и третьих лиц, вынужденных каждый раз удостоверяться в наличии согласия другого супруга. В интересах гражданского оборота презюмировалось согласие другого супруга. Для опровержения этой презумпции необходимо было доказать, что третье лицо, заключая сделку по поводу имущества, находящегося в общей собственности супругов, знало о режиме этого имущества и о том, что другой супруг был против этой сделки. В данной ситуации такая сделка должна быть признана недействительной.

Исключение составляли лишь сделки по отчуждению домов, жилых помещений и иного недвижимого имущества. Так, нотариус не удостоверял договор по отчуждению жилого дома, если документально не будет подтверждено, что другой супруг дал согласие на отчуждение дома. Такой договор являлся недействительным.

Аналогичная позиция относительно распоряжения движимым имуществом, находящегося в общей собственности супругов, закрепле-

на в пункте 2 статьи 35 СК РФ. Применительно к распоряжению недвижимым имуществом СК РФ в пункте 3 статьи 35 устанавливает обязательность получения нотариально удостоверенного согласия второго супруга на отчуждение недвижимого имущества.

На основе всего изложенного выше цивилистом было предложено решение в ответ на следующий вопрос: являются ли супруги законными представителями друг друга в отношениях с третьими лицами?

В законодательстве многих зарубежных стран жена признавалась представителем мужа в отношении определенных категорий сделок, в то время как муж не являлся представителем жены и действовал от собственного имени и за себя и за жену. Например, французские авторы под представительство жены подводили молчаливый мандат со стороны мужа, получивший название „домашний мандат". Сущность его заключается в том, что жена наделена домашним мандатом при совершении ею сделок, вызванных нуждами семьи (покупка продуктов питания, одежды, найма жилого помещения и т.д.) (Рясенцев, 2006, с. 393). По этим сделкам муж становится обязанным перед третьими лицами, с которыми жена заключила сделку. В Германском гражданском уложении действия жены от имени мужа были выделены в отдельный случай представительства, то есть жена была вправе в качестве представителя мужа заключать сделки, относящиеся к сфере домашнего хозяйства.

Таким образом, представительство женой мужа являлось удобной юридической формулировкой для закрепления неравенства женщины в западном обществе того времени. Поэтому с установлением случаев законного представительства и представительства по назначению в советском гражданском праве неизбежно возник вопрос о том, являются ли супруги представителями друг друга при совершении сделок по поводу вещей и прав, входящих в состав общего имущества, и сделок, связанных с семейными потребностями, но не затрагивающих объекты общего имущества.

В.А. Рясенцев, анализируя данную проблему, одним из первых цивилистов пришел к выводу о том, что отношения представительства в данном случае отсутствуют в связи со следующим. Правомочие супруга совершать сделки от собственного имени есть следствие права каждого из супругов на распоряжение общим имуществом. По советскому законодательству супруги равны в осуществлении своих прав на общее имущество супругов, а при наличии у двух лиц прав с равным объемом на один и тот же объект неизбежно должна возникнуть коллизия между ними при отсутствии обоюдного согласия. Поэтому

положения статей 38–40 КоБС предусматривали необходимость согласия супругов и родителей при решении различных вопросов семейной жизни. Но, как указывает В.А. Рясенцев, право каждого супруга выступать от собственного имени не есть результат их обоюдного согласия, а вытекает из закона, а именно из статьи 10 КоБС. Внешняя сторона деятельности супругов для третьих лиц не зависит от этого согласия. Согласие необходимо для урегулирования внутренних отношений супругов, устранения коллизии при распоряжении правом на одну и ту же вещь.

В связи с этим В.А. Рясенцев приводит интересным пример. Жена в отсутствии мужа договорилась с маляром произвести ремонт в квартире или договорилась с преподавателем музыки о занятиях с детьми. Кто же является кредитором в возникшем обязательстве: только жена или же на стороне кредитора возникает множественность в лице двух супругов? В.А. Рясенцев отмечает, что в советском законодательстве нельзя почерпнуть указания на то, что один из супругов в этом случае выступает в качестве представителя другого. Супруг, заключающий сделку, действует от своего имени, он становится управомоченным и обязанным. Ответственность другого супруга нельзя вывести из данной сделки, иначе она будет результатом его неосновательного обогащения, заключавшегося в увеличении общего имущества или сбережении расходов, которые он произвел бы для удовлетворения семейных нужд.

Таким образом, В.А. Рясенцев приходит к выводу, что по советскому гражданскому праву супруги не являются представителями друг друга при совершении сделок относительно объектов общего имущества и для удовлетворения общесемейных нужд, когда сделки этих объектов непосредственно не затрагивают (Рясенцев, 2006, с. 399).

В современном российском праве супругам предоставляются равные права в вопросе распоряжения общим имуществом супругов. Так, согласно статье 35 СК РФ супруги свободно и сообща владеют, пользуются и распоряжаются имуществом, находящимся в общей совместной собственности супругов.

Биографическая аннотация:

Мария Быстрова – студентка Юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.
Артём Сорокин – студент Юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

Литература

Ворожейкин, Е. (1969). *Правовые основы брака и семьи*. Москва: Юрид. лит.

Масляев, А. (1993). Владимир Александрович Рясенцев (1909–1992 гг.). *Правоведение*, (4), 55–56, 58, 61.

Мусин, В., Котлярова, З. (1969). Новая книга по семейному праву. *Правоведение,* (5), 141.

Немков, А. (1966). *Имущественные отношения в семье*. Пермь.

Нечаева, А. (2011). *Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации.* Москва: Юрайт.

Пчелинцева, Л. (2006). *Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации*. Москва: Норма.

Рейхель, М. (1940). Общеимущественные отношения супругов в советском праве. *Советское государство и право*, (8–9), 114.

Рясенцев, В. (1956). *Советское семейное право лекции для студентов ВЮЗИ*. Москва.

Рясенцев, В. (1971). *Семейное право. Учебник*. Москва: Юрид. лит.

Рясенцев, В. (2006). *Представительство и сделки в современном гражданском праве*. Москва: Статут.

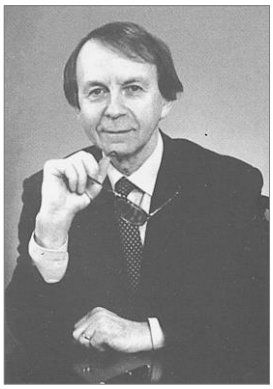
Семидесятилетие профессора В.А. Рясенцева (1980). *Правоведение*, (1), 104.

Wkład Władimira Aleksandrowicza Riasienciewa w rosyjskie prawo rodzinne

Streszczenie

7 października 2014 roku minęło 105 lat od dnia urodzin zasłużonego pracownika nauki RFSRR, doktora nauk prawnych, profesora Władimira Riasienciewa. Zajmuje on zaszczytne miejsce wśród znakomitych rosyjskich cywilistów i nauczycieli szkół wyższych. Władimir Riasienciew był jednym z najwybitniejszych cywilistów czasów radzieckich, zajmującym się spornymi zagadnieniami prawa rodzinnego, który wniósł nieoceniony wkład w tworzenie i kształtowanie współczesnego rosyjskiego prawa rodzinnego. W ramach niniejszego artykułu przedstawiono biografię Władimira Riasienciewa, przeanalizowano najbardziej kontrowersyjne kwestie, którymi zajmował się wybitny uczony oraz porównano zajmowane przez niego stanowisko z trendami we współczesnej rosyjskiej doktrynie i praktyce.

Słowa kluczowe: prawo rodzinne, małżonkowie, majątek wspólny, majątek osobisty.



Profesor Stanisław Sołtysiński – wybitny uczony i praktyk. Współtwórca nowoczesnego prawa handlowego

Professor Stanisław Sołtysiński – distinguished scholar and practitioner. Co-author of modern commercial law

AURELIA NOWICKA

Streszczenie

Profesor Stanisław Sołtysiński urodził się 2 maja 1939 r. w Poznaniu. W 1961 r. ukończył studia prawnicze na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza. Stopień doktora nauk prawnych uzyskał w 1965 r., a stopień doktora habilitowanego w 1970 r. Tytuł profesora nadzwyczajnego otrzymał w 1979 r., a profesorem zwyczajnym został w 1988 r. W latach 1981–1984 pełnił funkcję dziekana Wydziału Prawa i Administracji UAM. Ma imponujący dorobek naukowy. Zarówno w kraju, jak i za granicą jest uznawany za jednego z najwybitniejszych przedstawicieli nauki prawa.

Poza macierzystą Uczelnią wykładał – jako *visiting professor* – w University of Pennsylvania Law School w Filadelfii (1975–1992), College of Europe: w Brugii (1992–1994) i Natolinie (1994–1995), Asser Institute w Hadze (1997–1998), J.W. Goethe Universität we Frankfurcie nad Menem (2009), Munich Intellectual Property Law Center (2006–2013). Z wykładami gościł na wielu uniwersytetach amerykańskich (m.in. Columbia, Georgetown, Berkeley, Harvard), a także w innych ośrodkach akademickich (m.in. Instytut Maxa Plancka w Monachium, Akademia Prawa Międzynarodowego w Hadze, uniwersytety w Cambridge, Bonn, Budapeszcie, Dubrowniku, Luksemburgu, Mexico City, Seulu, Caracas).

Uczestniczył w polskiej delegacji negocjującej Układ o stowarzyszeniu ze Wspólnotami Europejskimi i wchodził w skład grupy doradców w negocjacjach związanych z akcesją do Unii Europejskiej. Jest członkiem korespondentem Polskiej Akademii Umiejętności oraz członkiem zwyczajnym *Academia Scientiarum et Artium Europaea* (Salzburg) i *Academia Europea* (Londyn). W latach 2003–2013 wchodził w skład Rady Zarządzającej UNIDROIT.

Otrzymał godność doktora *honoris causa* Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie (13 maja 2010 r.). Dnia 3 maja 2015 r. został uhonorowany Krzyżem Komandorskim Orderu Odrodzenia Polski (wcześniej otrzymał Krzyż Kawalerski i Krzyż Oficerski tego Orderu, a ponadto Srebrny Krzyż Zasługi). W 2005 r. Prezes Rady Ministrów odznaczył Profesora Odznaką Honorową „Za zasługi dla wynalazczości", a w 2013 r. Minister Spraw Zagranicznych – Odznaką „Bene merito" za działalność wzmacniającą pozycję Polski na arenie międzynarodowej. W 2011 r. otrzymał Krzyż ze Wstęgą Orderu Zasługi Republiki Federalnej Niemiec. Posiada Odznakę Honorową Miasta Poznania, a także Godność Lidera Pracy Organicznej i statuetkę Honorowego Hipolita, przyznane przez Towarzystwo im. Hipolita Cegielskiego.

Słowa kluczowe: prawnik, uczony, prawo cywilne i handlowe, prawo prywatne międzynarodowe, własność intelektualna, międzynarodowe transakcje handlowe, międzynarodowy arbitraż handlowy i inwestycyjny, prawo antytrustowe.

I

Profesor Stanisław Sołtysiński urodził się dnia 2 maja 1939 r. w Poznaniu. Studia prawnicze na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza ukończył w 1961 r., a następnie podjął pracę jako asystent w Katedrze Prawa Cywilnego. Pracę doktorską pt. „Przedmiot i charakter praw wynalazcy", napisaną pod kierunkiem Profesora Józefa Górskiego, obronił dnia 29 czerwca 1965 r. Pięć lat później, w 1970 r. uzyskał stopień doktora habilitowanego na podstawie rozprawy pt. „Licencje na korzystanie z cudzych rozwiązań technicznych". Obie monografie zostały nagrodzone w ogólnopolskich konkursach „Państwa i Prawa", a rozprawa habilitacyjna, która uzyskała w tym konkursie najwyższą lokatę, otrzymała także nagrodę ministra szkolnictwa wyższego. Studia podyplomowe odbył w London School of Economics (1966–1967), w Oxfordzie (1967) i na Columbia University w Nowym Jorku, gdzie w 1973 r. uzyskał dyplom Master of Laws (LL.M). Tytuł profesora nadzwyczajnego nauk prawnych otrzymał w 1979 r., a tytuł profesora zwyczajnego – w 1988 r.

Dnia 21 maja 1981 r. Profesor został wybrany przez społeczność wydziałową na urząd dziekana Wydziału Prawa i Administracji UAM. Funkcję tę

sprawował w latach 1981–1984, przeprowadzając Wydział przez trudny czas stanu wojennego. W latach 1987–1990 kierował Katedrą Prawa Cywilnego. W połowie lat siedemdziesiątych zorganizował Podyplomowe Studium Ochrony Własności Przemysłowej, którym kierował do czasu objęcia funkcji dziekana. Był inicjatorem i redaktorem uniwersyteckiego czasopisma „International Protection of Industrial Property", które ukazywało się w latach 1978–1983. Organizował ogólnopolskie i międzynarodowe konferencje naukowe, gromadzące w Poznaniu przedstawicieli krajowych i zagranicznych ośrodków akademickich, instytucji publicznych i praktyków. Uczestniczył w pracach komisji uczelnianych: był przewodniczącym komisji do spraw współpracy z gospodarką narodową (1972–1981) i członkiem komisji do spraw współpracy z zagranicą.

Dorobek naukowy Profesora jest imponujący. Zarówno w kraju, jak i za granicą jest uznawany za jednego z najwybitniejszych przedstawicieli nauki prawa. O wyjątkowej pozycji w polskiej i światowej doktrynie prawniczej świadczy nie tylko liczba publikacji (ok. 400), lecz również ich doniosłość, której miarą jest nader znaczący wkład w rozwój akademickiej myśli prawniczej, ustawodawstwa i praktyki stosowania prawa, a także międzynarodowa renoma Autora. Dominującym rysem twórczości Profesora jest prekursorski, pionierski charakter koncepcji naukowych i konstrukcji teoretycznych oraz pragmatyzm w ocenie ich przydatności dla praktyki ustawodawczej. Imponuje rozległość problematyki badawczej: w bibliografii Profesora, obok prac z zakresu klasycznej cywilistyki, znajdują się opracowania z zakresu prawa własności intelektualnej, prawa prywatnego międzynarodowego, prawa spółek handlowych i prawa ochrony konkurencji. Równie znaczący jest dorobek w dziedzinie prawa międzynarodowych transakcji handlowych, inwestycji zagranicznych i arbitrażu handlowego. Ponad 90 prac ukazało się w językach obcych; zostały opublikowane w takich krajach jak RFN, Szwajcaria, Wielka Brytania, Austria, Holandia, Szwecja, Stany Zjednoczone, Korea Płd., Argentyna, Peru, Costa Rica. Gruntowna znajomość światowej doktryny prawniczej i międzynarodowej praktyki obrotu sprawiają, że opracowania w każdej z wymienionych dziedzin prezentują równie perfekcyjny poziom, wyznaczając standard badań i dyskusji o aktualnych problemach prawnych. Charakterystyka głównych kierunków działalności badawczej Profesora jest zamieszczona w pkt II.

Od 1991 r. Profesor jest członkiem korespondentem Polskiej Akademii Umiejętności. W latach 1972–1996 wchodził w skład Rady Naukowej Międzyuczelnianego Instytutu Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej w Krakowie. Od połowy lat siedemdziesiątych do początku lat osiemdziesiątych uczestniczył w pracach Instytutu Państwa i Prawa PAN, kierując grupą badawczą ds. postępu technicznego. W latach 1984–1986 był człon-

kiem Komitetu Nauk Prawnych PAN. Uczestniczy w komitetach redakcyjnych i radach programowych czasopism prawniczych. Wypromował kilkunastu doktorów, sporządził wiele recenzji w przewodach doktorskich i habilitacyjnych oraz postępowaniach o nadanie tytułu profesora. Do niedawna prowadził regularne seminaria magisterskie na Wydziale Prawa i Administracji UAM; w miarę możliwości przyjmuje zaproszenia na konferencje i spotkania naukowe organizowane na macierzystym Wydziale: np. 15 stycznia 2014 r. wygłosił wykład otwarty na temat reformy banków i innych instytucji finansowych, 26 września 2014 r. wziął udział w zorganizowanym w Poznaniu V Ogólnopolskim Zjeździe Cywilistów, a 12 czerwca 2015 r. uczestniczył w uroczystości nadania imienia Profesora Zbigniewa Radwańskiego jednej z sal wykładowych nowego budynku Wydziału.

Na podkreślenie zasługuje udział Profesora w pracach międzynarodowych instytucji naukowych. Jest członkiem zwyczajnym *Academia Scientiarum et Artium Europaea* (Salzburg) i Academia Europea (Londyn). Uczestniczy w elitarnych grupach badawczych ds. prawa spółek: *European Model Company Law Group* (EMCA) oraz European Company Law Experts (ECLE). Bierze udział w pracach powołanej przez Komisję Europejską grupy refleksyjnej na temat przyszłości europejskiego prawa spółek. Wcześniej przez kilkanaście lat był członkiem ATRIP (*International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property*), a w latach 1987–1991 brał udział w pracach *Institut du Droit et des Pratiques des Affaires Internationales*. Wchodził w skład Kuratorium i Rady Naukowej monachijskiego Instytutu Maxa Plancka (1991–1994). Zainicjował i rozwinął współpracę z haskim Instytutem Assera, a w latach 1986–1997 był członkiem kuratorium i komitetu sterującego Instytutu. Korzyści ze współpracy, w formie stypendiów i pobytów badawczych, są udziałem wielu studentów i pracowników polskich ośrodków akademickich.

Profesor wnosi wybitny wkład w tworzenie prawa. Tytułem przykładu należy wymienić ustawę o wynalazczości (1972) i jej gruntowną nowelizację (1984), ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym (1990), zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (1993) oraz narodowych funduszach inwestycyjnych (1993). Wchodził w skład Komisji ds. Reformy Prawa Cywilnego (1987–1989) i Rady Legislacyjnej (1984–1987, 1989–1992). Przez kilka kadencji, począwszy od 1997 r., był członkiem Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, a obecnie nadal z nią współpracuje. Jednym z głównych zaangażowań w działalności Komisji Kodyfikacyjnej było przewodniczenie zespołowi tworzącemu założenia reformy prawa spółek handlowych, a następnie współautorstwo projektu ustawy – Kodeks spółek handlowych, uchwalonej przez Sejm dnia 15 września 2000 r. (zob. np. S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, *Ustawa Prawo spółek handlowych. Projekt z 31 marca 1999 r.*

z uzasadnieniem, „Studia Prawnicze" 1999, z. 1–2, s. 9–187). Wśród wielu innych ustaw, w których opracowaniu uczestniczył, znajdują się m.in. ustawa o pomocy publicznej dla przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu dla rynku pracy, ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, ustawa o europejskim zgrupowaniu interesów gospodarczych i spółce europejskiej, a także kolejne ustawy nowelizujące kodeks cywilny.

Profesor uczestniczył w polskiej delegacji negocjującej Układ o stowarzyszeniu ze Wspólnotami Europejskimi i wchodził w skład grupy doradców w negocjacjach związanych z akcesją do Unii Europejskiej. W latach 1993–1995 był członkiem Rady ds. Rozwoju Gospodarczego przy Prezydencie Rzeczypospolitej Polskiej, a w latach 1998–2001 przewodniczącym zespołu ekspertów Komisji ds. odbiurokratyzowania gospodarki, powołanej przez L. Balcerowicza. Od wielu lat współpracuje z organami administracji rządowej i innymi instytucjami publicznymi, doradzając w licznych przedsięwzięciach społeczno-gospodarczych i opiniując projektowane regulacje prawne.

Intensywną działalność w kraju łączy Profesor z rozległym zaangażowaniem w wielu prestiżowych gremiach międzynarodowych. W latach 1977–1981 uczestniczył w pracach UNCTAD *(United Nations Conference on Trade and Development)* i sprawował funkcję sprawozdawcy podczas genewskich konferencji w sprawie międzynarodowego kodeksu transferu technologii. W latach osiemdziesiątych z mandatu UNIDO *(United Nations Industrial Development Organization)* doradzał państwom Ameryki Łacińskiej w sprawach transferu technologii. Do 1994 r. uczestniczył w Grupie Krajowej AIPPI *(Association Internationale pour la Protection de la Propriété Intellectuelle).* W latach dziewięćdziesiątych był członkiem Rady Doradczej *(Advisory Board)* Europejskiego Banku Odbudowy i Rozwoju ds. modelowego prawa rzeczowych zabezpieczeń wierzytelności. W latach 2003–2013 wchodził w skład Rady Zarządzającej UNIDROIT *(International Institute for the Unification of Private Law).*

Bardzo rozległą sferą akademickiej aktywności Profesora są wykłady i seminaria zagraniczne. W latach 1975–1992 był związany z University of Pennsylvania Law School w Filadelfii, gdzie – jako *visiting professor* – przebywał co drugi rok, zwykle jeden semestr, z wyjątkiem okresu, w którym pełnił funkcję dziekana. Wykładał i prowadził seminaria na Louisiana State University i Université de Provence (1986–1990), College of Europe: w Brugii (1992–1994) i Natolinie (1994–1995), Asser Insitute w Hadze (1997–1989), J.W. Goethe Universität we Frankfurcie nad Menem (2009), Munich Intellectual Property Law Center (2006–2013). Z wykładami gościł na wielu uniwersytetach amerykańskich (m.in. Columbia, Georgetown, Berkeley, Harvard), a także innych ośrodkach akademickich (m.in. Instytut Maxa Plancka w Monachium, uniwersytety w Cambridge, Bonn, Budapeszcie, Dubrow-

niku, Luksemburgu, Mexico City, Seulu, Caracas). W tej sferze działalności na szczególne podkreślenie zasługuje cykl wykładów, które w 1986 r. Profesor wygłosił na Akademii Prawa Międzynarodowego w Hadze. Wykłady zostały opublikowane (*Choice of Law and Choice of Forum in Transnational Transfer of Technology Transactions,* w: „Recueil des cours", vol. 196, Dordrecht-Boston-Lancaster 1986, s. 243–383) i zdobyły międzynarodowe uznanie, którego wyrazem jest kilkanaście recenzji sporządzonych przez znawców przedmiotu[1].

Niezmiernie bogaty i różnorodny jest udział w konferencjach międzynarodowych. W pierwszym rzędzie należy wymienić zorganizowane przez Profesora na macierzystej Uczelni dwie polsko-amerykańskie konferencje z cyklu „Interface", z udziałem przedstawicieli Kongresu USA oraz administracji federalnej, dotyczące problemów prawnych handlu Wschód-Zachód. Pierwsza odbyła się w 1980 r., a wybór Polski jako miejsca obrad był jednym z wielu owoców zaangażowania Profesora w obronę prawną polskiego eksportu wózków golfowych („melexów") w Stanach Zjednoczonych. Druga odbyła się w 1989 r., a jej temat *(Poland's Foreign Debt and Denationalization Schemes*) przyciągnął liczne grono ekspertów i przedstawicieli agend rządowych obu krajów. Ponadto na międzynarodowy dorobek konferencyjny składają się liczne kongresy i sympozja naukowe w wielu państwach świata, na których Profesor przedstawiał referaty lub uczestniczył w radach programowych. Tytułem przykładu należy wymienić: *International Trade Conference* (Filadelfia 1981); *The Korean Forum on International Trade and Business Law* (Seul 1981); *Conference on Trade Laws of the EC and the United States* (Brugia 1989); *Tenth International Monetary Fund Conference of the Global Interdependence Center* (Filadelfia 1991); *EBRD Annual Meetings* (Budapeszt 1992, Londyn 1993, Petersburg 1994, Londyn 1995, Kijów 1998); *Conference on Draft International Antitrust Code* (Monachium 1995); *Regionalism and Multilateralism after the Uruguay Round. Convergence, Divergence and Interaction* (Liège 1996); *The Exceptions and Limitations to Copyright* (Cambridge 1998); *Unternehmensgruppen in mittel- und osteuropäischen Ländern* (Hamburg 2000); *Transatlantic Dialogues in Law and Public Policy* (Bruksela 2003); *The Societas Europaea – Implementation and Perspectives* (Frankfurt nad Menem 2003); *International Commercial Arbitration* (Wiedeń 2010); *Corporate Governance: Perennial Issues? New Ideas* (Warszawa 2011); *Gdańsk International Air & Space Law Conference – Poland in International Civil Aviation* (Gdańsk 2013); *Conference on the Occasion of the 10th Anniversary of Hungary's Accession to the European Union* (Budapeszt 2014).

---

[1] Zob. np. Dessemontet, 1989, s. 120–123; Ehrenhaft, 1988, s. 697–704; Zaphiriou, 1988, s. 570–576.

Niezmiernie bogata jest również aktywność konferencyjna w kraju, zarówno na płaszczyźnie akademickiej, jak i w szerokiej sferze publicznej. Spośród niedawnych przykładów tej aktywności należy wymienić udział Profesora w ogólnopolskiej konferencji naukowej na temat europeizacji prawa spółek (Poznań 2011), III Europejskim Kongresie Finansowym (Sopot 2013), Zjeździe środowiska naukowego zajmującego się zagadnieniami własności intelektualnej (Kraków 2014), I Polskim Kongresie Prawa Konkurencji (Warszawa 2015). Na odrębną uwagę zasługuje wykład Profesora pt. „Czy sądy konstytucyjne powstrzymają zmierzch zasady równego traktowania podmiotów gospodarczych?", wygłoszony w Trybunale Konstytucyjnym dnia 21 października 2014 r. Tę nader istotną, często niedostrzeganą problematykę Profesor przybliżył szerokiemu gronu prawników w wywiadzie opublikowanym w czasopiśmie „Radca Prawny"[2], a teoretycznie rozwinął w artykułach adresowanych zarówno do odbiorców krajowych, jak i zagranicznych (zob. Sołtysiński, 2015b; Sołtysiński, 2013). Argumentacja Profesora została wykorzystana przez Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 23 czerwca 2015 r., sygn. akt SK 32/14, stwierdzającym – w określonym zakresie – niezgodność z Konstytucją przepisu art. 79 ust. 1 pkt 3 lit. b Ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Znaczące jest zaangażowanie Profesora w arbitrażu handlowym, zarówno na płaszczyźnie krajowej, jak i międzynarodowej. Już w latach siedemdziesiątych został członkiem Kolegium Arbitrów przy Polskiej Izbie Handlu Zagranicznego, obecnie: Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej. Jest sędzią Międzynarodowego Trybunału Arbitrażowego przy Austriackiej Izbie Gospodarczej *(Internationales Schiedsgericht der Wirtschaftskammer Österreich)* oraz Amerykańskiego Stowarzyszenia Arbitrażowego *(American Arbitration Association*). Uczestniczył w rozstrzyganiu ponad 100 sporów.

Profesor prowadzi praktykę prawniczą, będąc współzałożycielem powstałej w 1991 r. kancelarii radców prawnych i adwokatów „Sołtysiński, Kawecki & Szlęzak". Od początku wchodzi ona do ścisłej czołówki wielu

---

[2] *Są równi i równiejsi?*, rozmowa z Profesorem przeprowadzona przez G. Leśniak (Leśniak, 2015, s. 26–28). Profesor stwierdził m.in.: „Niezwykle istotnym problemem współczesności jest odwrócenie tendencji, które legły u podstaw wielkich kodyfikacji prawa cywilnego. Przynajmniej z założenia przyjmowały one, że formalna równość wobec prawa, zakaz dyskryminacji są absolutnie niezbędne dla dobrego funkcjonowania gospodarki rynkowej. Od 30–35 lat mamy do czynienia z naruszeniem tych zasad. Odstępstwa od zasady równego traktowania podmiotów gospodarczych są kreowane nie na rzecz pracowników, konsumentów czy małych i średnich przedsiębiorstw i innych podmiotów, które wymagają szczególnej ochrony, ale w interesie podmiotów i sektorów najsilniejszych, takich jak sektor finansowy, właściciele praw własności intelektualnej czy inwestorzy zagraniczni" (s. 26).

międzynarodowych i krajowych rankingów, a Profesor jest uznawany za lidera praktyki prawniczej (np. w Chambers Global 2015 uzyskał najwyższą liczbę wyróżnień: kategoria najbardziej cenionych arbitrów, prawo korporacyjne i rozstrzyganie sporów). Dodać należy, że istotną częścią praktyki są liczne działania *pro publico bono*, np. udział w 1993 r. w przygotowaniu stanowiska Rządu oraz negocjacje z przedstawicielami amerykańskiej administracji federalnej w sprawie handlu bronią; wsparcie argumentacją prawną poselskiej inicjatywy ustawodawczej, która doprowadziła do uchwalenia w 2001 r. Ustawy o fundacji Zakłady Kórnickie; pomoc w przygotowaniu stanowiska Rządu w sprawach toczących się przed Europejskim Trybunałem Praw Człowieka. Wielokrotnie Profesor wchodził w skład rozmaitych gremiów i organów związków przedsiębiorców bądź poszczególnych podmiotów gospodarczych (jest np. członkiem Rady Konsultacyjnej Konfederacji Lewiatan, a od 2000 r. do czerwca 2012 r. pełnił funkcję przewodniczącego Rady Nadzorczej Banku Handlowego w Warszawie S.A.).

Od czasów studenckich Profesor angażuje się w inicjatywy i działania społeczne. W latach 1959–1960 był przewodniczącym Rady Uczelnianej Zrzeszenia Studentów Polskich na UAM, w latach 1961–1962 wiceprzewodniczącym Rady Okręgowej ZSP w Poznaniu. Przez wiele lat sprawował społeczną funkcję przewodniczącego Rady Wojewódzkiego Klubu Techniki i Racjonalizacji w Poznaniu. W 1981 r. stał na czele Komitetu Porozumiewawczego Środowisk Twórczych w Poznaniu, którego starania umożliwiły osiągnięcie kompromisu pomiędzy strukturami NSZZ „Solidarność" i niektórymi związkami twórczymi, co otworzyło drogę do wzniesienia Pomnika Poznańskiego Czerwca 1956, odsłoniętego w 25. rocznicę tragicznych wydarzeń.

Dnia 3 maja 2015 r. Profesor otrzymał z rąk Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej Krzyż Komandorski Orderu Odrodzenia Polski (wcześniej został uhonorowany Krzyżem Kawalerskim i Krzyżem Oficerskim tego Orderu, a ponadto Srebrnym Krzyżem Zasługi). W 2005 r. Prezes Rady Ministrów przyznał Odznakę Honorową „Za zasługi dla wynalazczości", a w 2013 r. Minister Spraw Zagranicznych – Odznakę „Bene merito" za działalność wzmacniającą pozycję Polski na arenie międzynarodowej. Profesor posiada Odznakę Honorową Miasta Poznania, a w 2005 r. otrzymał godność Lidera Pracy Organicznej oraz statuetkę Honorowego Hipolita, przyznane przez Towarzystwo im. Hipolita Cegielskiego. W 2011 r. otrzymał Krzyż ze Wstęgą Orderu Zasługi Republiki Federalnej Niemiec.

Profesor cieszy się autorytetem i uznaniem środowiska naukowego. Jednym z jego przejawów jest księga pamiątkowa ofiarowana w trakcie uroczystości zorganizowanej na macierzystej Uczelni w dniu 25 lutego 2005 r. Na księgę złożyły się artykuły 68 autorów krajowych i zagranicznych –

przyjaciół i uczniów Profesora (zob. Nowicka, 2005). Z tej okazji listy gratulacyjne nadesłali m.in. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, Marszałek Sejmu, Prezes Rady Ministrów.

Innym dobitnym świadectwem autorytetu i uznania środowiska naukowego jest godność doktora *honoris causa* Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie, którą Profesor otrzymał dnia 13 maja 2010 r. Autor laudacji, prof. Zygmunt Niewiadomski, przedstawiając sylwetkę Doktora honorowego, uznał Jego dorobek intelektualny za mający „szczególny wkład w rozwój gospodarczy oraz kształtowanie nowoczesnego wizerunku Polski i nauki polskiej na arenie międzynarodowej" i stwierdził, że dorobek ten i inne osiągnięcia stawiają Profesora „w rzędzie kilku najbardziej rozpoznawalnych polskich prawników na świecie" (zob. Niewiadomski, 2010, s. 3; też Nowicka, 2010, s. 213 i n.). Mówca sformułował opinię, że „bez wszechstronnego dorobku Profesora Sołtysińskiego, Jego twórczej myśli teoretycznej, niestrudzonej działalności na rzecz poprawnej legislacji, Jego nieocenionego wkładu w tworzenie podstaw prawnych gospodarki wolnorynkowej w Polsce, trudniej byłoby osiągnąć cele, jakie stanęły przed wolnym i demokratycznym państwem" (Niewiadomski, 2010, s. 3). Po odebraniu dyplomu doktora *honoris causa* z rąk Rektora SGH, Profesor wygłosił wykład pt. „Ład korporacyjny w świetle lekcji kryzysu" (Sołtysiński, 2010b, s. 8–12).

II. Charakterystyka dorobku naukowego

Prawo cywilne

Na podkreślenie zasługuje wkład do ogólnej teorii czynności prawnych. W wyniku krytycznej analizy poglądów na temat czynności rozporządzających Profesor sformułował koncepcję rozporządzenia polegającego na obciążeniu prawa bezwzględnego uprawnieniem względnym (zob. Sołtysiński, 1985a). Zastosowanie tej koncepcji do umów licencyjnych, a także uznanie licencji za obligacyjne obciążenie patentu, umożliwiło wyjaśnienie charakteru tych czynności prawnych, zakwalifikowanych przez Autora do klasy rozporządzeń (zob. np. Sołtysiński, 1970a; Sołtysiński, 2012b).

Inna część zainteresowań wiąże się z tą szczególną postacią czynności prawnych, jaką stanowią uchwały organów spółek handlowych, a głównie dotyczy konsekwencji prawnych ich wadliwości (zob. np. Sołtysiński, 2006a; Sołtysiński, 2006b).

Wybitnie twórcza i oryginalna jest konstrukcja prawa podmiotowego do ochrony deliktowej, którą Autor wykorzystał do objaśnienia pozycji prawnej dysponenta know-how (zob. np. recenzję pracy B. Gawlika: Sołtysiński,

1976; zob. też *Umowy know-how,* w: Sołtysiński, 2012b). Na wyróżnienie zasługują prace z prawa ochrony konsumentów, m.in. koncepcja „przyrzeczenia gwarancyjnego" (zob. Sołtysiński, 1970b), a także stanowisko w sprawie terminów dochodzenia uprawnień z tytułu rękojmi za wady fizyczne przy sprzedaży (zob. Sołtysiński, 1980a). Błyskotliwą polemikę zawiera artykuł *O funkcjach i skutkach obowiązywania norm względnie wiążących – spór „twardego" pozytywisty z eklektycznym trynitarzem* (Sołtysiński, 2011d, s. 5 i n.).

Prawo własności intelektualnej

Dorobek w tej dziedzinie stawia Profesora w gronie najwybitniejszych znawców na świecie. Obszerne studium pt. *Computer Programs and Patent Law: A Comparative Study* (Sołtysiński, 1973b, s. 1–82) było pierwszą w literaturze światowej prawnoporównawczą analizą ochrony programów komputerowych. Również w kraju prace na ten temat miały pionierski charakter (zob. Sołtysiński, 1973a; zob. też Sołtysiński, 1990b).

Niezmiernie istotne znaczenie ma dokonana przez Profesora gruntowna analiza licencji patentowych i know-how oraz umów przenoszących prawa własności przemysłowej, zarówno w obrocie krajowym, jak i międzynarodowym (obok powołanych wyżej prac na temat licencji patentowych i know-how, zob. np. *Przejście i obciążenie praw,* w: Sołtysiński, 2012b). Równą doniosłość ma szczegółowa charakterystyka natury i właściwości przedmiotów tych praw, zwłaszcza wynalazku i przesłanek zdolności patentowej (np. Sołtysiński, 1967). Obok wkładu w rozwój teoretycznych podstaw tego działu prawa należy podkreślić rolę Profesora w sferze ustawodawczej (zob. wspomniany wyżej udział w tworzeniu ustawy o wynalazczości i jej kolejnych nowelizacji), a także w rozwiązywaniu zagadnień prawnych związanych z udzielaniem ochrony patentowej, zwłaszcza w nowych dziedzinach techniki (np. Sołtysiński, 1970c). Wysokim uznaniem nie tylko środowisk naukowych, lecz również praktyków cieszył się zarówno pierwszy komentarz Profesora do ustawy o wynalazczości (Sołtysiński, 1975), jak i współautorskie wkłady do komentarza opublikowanego w 1990 r. (Sołtysiński, Szajkowski, Szymanek, 1990) oraz „Systemu prawa własności intelektualnej" (Sołtysiński, 1990a).

Ważnym elementem prac dotyczących umów transferu technologii jest analiza ich treści z punktu widzenia przepisów o ochronie konkurencji, w perspektywie krajowej i międzynarodowej (zob. np. Sołtysiński, 1989; Sołtysiński, 1983).

Stanowisko Profesora wyrażone w artykule pt. *Dysponowanie autorskimi uprawnieniami osobistymi* (Sołtysiński, 1985b) zachowuje pełną aktualność pod rządem prawa autorskiego z 1994 r.

W pracach z omawianej dziedziny ważne miejsce zajmuje refleksja nad ekonomicznymi i społecznymi skutkami ulegania presji wymuszającej wzmacnianie ochrony, zwłaszcza w kontekście relacji handlowych z państwami wysoko rozwiniętymi. Klasycznym studium takiego przypadku był zawarty w 1990 r. traktat polsko-amerykański o stosunkach handlowych i gospodarczych (do dziś obowiązujący), który nałożył na Polskę wiele kosztownych zobowiązań w zakresie ochrony przedmiotów własności intelektualnej (np. leków, programów komputerowych). Starania Profesora, które doprowadziły m.in. do debaty sejmowej poprzedzającej ratyfikację traktatu, przyczyniły się do podniesienia świadomości prawnej decydentów i opinii publicznej (Dominiak, 1991). Także w innych sprawach, m.in. w kontekście przygotowań do członkostwa w Unii Europejskiej, Profesor wykazywał asymetrię korzyści i ciężarów oraz proponował rozwiązania służące zabezpieczeniu interesów gospodarczych kraju (zob. Sołtysinski, 1992; Sołtysiński, 1996a). W przeważającej mierze zasługą Profesora było wprowadzenie do prawa polskiego instytucji wyczerpania praw własności intelektualnej, najpierw w prawie autorskim, a następnie w prawie własności przemysłowej. Teoretyczną analizę tej koncepcji Profesor przedstawił m.in. w artykule *International Exhaustion of Intellectual Property Rights under the TRIPs, the EC Law and the Europe Agreements* (Sołtysiński, 1996b)[3].

Także obecnie Profesor podejmuje istotne zagadnienia omawianej dziedziny, podkreślając jej kontrowersyjne z punktu widzenia gospodarczego aspekty, np. dotyczące tzw. jednolitej ochrony patentowej (zob. Sołtysiński, 2012a; Sołtysiński, 2014a).

Prawo prywatne międzynarodowe

W tej dziedzinie Profesor koncentrował najpierw uwagę na właściwości prawa dla umów licencyjnych. Po dokonaniu analizy teoretycznej i dogmatycznoprawnej, uzupełnionej gruntownymi studiami porównawczymi, wypowiedział się za właściwością prawa siedziby licencjobiorcy, będącej zwykle centrum gospodarczej eksploatacji przedmiotu licencji. Na gruncie prawa polskiego koncepcja ta opierała się na zastosowaniu w drodze analogii normy kolizyjnej z art. 27 § 1 pkt 4 prawa prywatnego międzynarodowego z 1965 r., a jej walorem było uniknięcie rozszczepienia statutu. Autor przeprowadził precyzyjne rozgraniczenie sfery zastosowania statutów zobowiązaniowego i patentowego, a ponadto podkreślał doniosłość przepisów

[3] Tę pracę Profesora powołał niemiecki Sąd Najwyższy (BGH) w wyroku z 14 grudnia 1999 r., X ZR 61/98, opublikowanym w GRUR Int. 1000, z. 7, s. 635 i n.

wymuszających swoje zastosowanie, obowiązujących w siedzibie importera technologii. Istotnym walorem rozwiązań teoretycznych i propozycji ustawodawczych, poprzedzonych wszechstronną analizą skutków gospodarczych i społecznych, było przełamanie koncepcji faworyzujących stronę silniejszą ekonomicznie. Koncepcje te znalazły rozwinięcie we wspomnianych wyżej wykładach haskich, a także w kilku pracach ogłoszonych w kraju (zob. np. Sołtysiński, 1987a; Sołtysiński, 1988).

Innym obszarem badawczym jest kolizyjnoprawna problematyka spółek handlowych. Na podkreślenie zasługuje koncepcja Profesora dotycząca zakresu statutu personalnego spółki, która najpierw miała istotną doniosłość na tle nadmiernie lakonicznej regulacji zawartej w prawie prywatnym międzynarodowym z 1965 r. (zob. Sołtysiński, 2001), a następnie została przejęta do ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r. (art. 17 ust. 3). Nie sposób też pominąć argumentów akcentujących rolę niektórych przepisów należących do statutu personalnego jako wymuszających zastosowanie (zob. Sołtysiński, 2011c). Sprawie dopuszczalności stwierdzenia wykonalności orzeczenia zagranicznego, zasądzającego „odszkodowanie karne" (*punitive damages*), a także pojęciu klauzuli porządku publicznego, Profesor poświęcił glosę do postanowienia Sądu Najwyższego z 11 października 2013 r., I CSK 697/12, opublikowaną w: Polski Proces Cywilny 2014, nr 3.

Międzynarodowe prawo handlowe

Ta niezmiernie istotna część dorobku Profesora obejmowała początkowo relacje w handlu Wschód-Zachód, a następnie problematykę inwestycji zagranicznych, arbitrażu handlowego oraz stosunków gospodarczych z Unią Europejską. Inspiracją do podjęcia pierwszego z wymienionych wątków badawczych było wspomniane wyżej doświadczenie uzyskane w trakcie pełnienia funkcji doradcy i koordynatora obrony prawnej polskiego eksportu wózków golfowych („melexów") na rynku amerykańskim. Nowatorskie argumenty Profesora, wykazujące protekcjonistyczne i dyskryminacyjne aspekty ustawodawstwa Stanów Zjednoczonych, doprowadziły do ustanowienia precedensu pozwalającego na eksport z Polski i innych krajów o gospodarce kontrolowanej przez państwo bez zagrożenia wysokim cłem antydumpingowym. Stanowiły też podstawę wypracowania testu *constructed value*, służącego do ustalenia godziwej wartości (*fair value*), do dziś obowiązującego w prawie amerykańskim. Sprawy antydumpingowe i antytrustowe, w których Profesor z sukcesem bronił interesów polskich eksporterów, są prezentowane jako *landmark cases* w podręcznikach z zakresu międzyna-

rodowego prawa handlowego. Niektóre aspekty tej złożonej problematyki Profesor przedstawił na wspomnianej wyżej konferencji polsko-amerykańskiej „Interface II" (Sołtysinski, 1982, s. 169–201), a czytelnikom polskim przybliżył w artykule *Problem dumpingu z krajów o gospodarce kontrolowanej przez państwo w ustawodawstwie Stanów Zjednoczonych Ameryki* (Sołtysiński, 1980b; zob. też Sołtysiński, 1981; Sołtysiński, 1985c). Wspominając niedawno te sprawy w rozmowie opublikowanej w „Rzeczpospolitej", Profesor przypomniał, że P. Ehrenhaft, ówczesny podsekretarz stanu w Departamencie Skarbu, powiedział na konferencji w sprawie „melexów", że Z. Brzeziński odbył przełomową rozmowę na temat pokoju między Izraelem i Egiptem, obwożąc przywódców trzech krajów polskim wózkiem golfowym po Camp David[4].

Późniejsze zainteresowania badawcze objęły wiele innych aspektów prawnych handlu Wschód-Zachód, w tym transakcje kompensacyjne, a także problematykę wspólnych przedsięwzięć i bezpośrednich inwestycji kapitałowych. Ważną dziedziną badań jest także międzynarodowe prawo antytrustowe, a uznany autorytet Profesora potwierdza udział w pracach międzynarodowego zespołu ekspertów przygotowującego projekt *International Antitrust Code*[5] (zob. też Sołtysiński, 1998). Jak już wspomniano, Profesor uczestniczył w opracowaniu pierwszej powojennej polskiej ustawy antymonopolowej, a ponadto poświęcił jej kilka publikacji (zob. np. Sołtysiński, 1982b; Sołtysiński, 1987b).

Zagadnień arbitrażu handlowego – na płaszczyźnie krajowej i międzynarodowej – dotyczą takie prace Profesora, jak: *Arbitration Law in States after Fundamental Changes* (Sołtysiński, 1996c), *Transgraniczne konflikty jurysdykcyjne ze szczególnym uwzględnieniem arbitrażu* (Sołtysiński, 2008b), *Prohibition on Relitigation of Transnational Arbitration Disputes: Res Iudicata and Related Institutions* (Sołtysiński, 2015a).

Zakresem swych zainteresowań w tej dziedzinie Profesor obejmuje też umowy o ochronie inwestycji i międzynarodowy arbitraż inwestycyjny (zob. np. *Arbitraż inwestycyjny, kohabitacja z wymiarem sprawiedliwości, rosnące koszty i inne problemy sądownictwa polubownego* (Sołtysiński, 2011b), *The Dispute about the Legitimacy of Investment Arbitration: Is the Principle of Equality of Parties an*

---

[4] Profesor dodał, że w „New York Times", pod fotografią Cartera, Begina, Sadata i Brzezińskiego jadących „melexem", ukazał się tytuł „Te polskie wózki to nie są żarty" *(Those Polish golf carts are no jokes)*. Zob. rozmowę z K. Borowską, *Łamałem regulamin w operze*, „Rzeczpospolita" z 12 grudnia 2013 r. (żartobliwy tytuł nawiązuje do studenckich występów Profesora jako statysty w operze poznańskiej).

[5] *Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO-Plurilateral Trade Agreement* (współautor), opublikowany m.in. w: Antitrust & Trade Regulation Report, vol. 65, No. 1628, Special Supplement (August 19, 1993).

Outdated Concept? (Sołtysiński, 2014c). Tę budzącą liczne kontrowersje problematykę przybliżył szerokiemu gronu odbiorców w wywiadzie prasowym (Biały, 2004). Argumenty Profesora i innych autorów spotkały się ostatnio z zainteresowaniem Komisji Europejskiej negocjującej Transatlantyckie Partnerstwo Handlowo-Inwestycyjne (TTIP) ze Stanami Zjednoczonymi; jednym z najbardziej kontrowersyjnych aspektów tej umowy jest mechanizm ISDS *(Investor-State Dispute Settlement*).

Prawo spółek handlowych

Najbardziej znaczącym rezultatem twórczości Profesora w tej dziedzinie jest współautorstwo kodeksu spółek handlowych. W ustawie tej znajdują odzwierciedlenie liczne nowoczesne rozwiązania, dostosowujące funkcjonowanie spółek nie tylko do zmienionego układu stosunków społeczno-gospodarczych, lecz również do wymagań wynikających z akcesji do Unii Europejskiej i późniejszych regulacji unijnych. Wśród najważniejszych koncepcji Profesora, które znalazły wyraz normatywny, wymienić należy uznanie podmiotowości spółek osobowych (co doprowadziło do „nobilitacji" ułomnych osób prawnych również na gruncie kodeksu cywilnego), wprowadzenie instytucji ułatwiających finansowanie spółek akcyjnych (kapitał docelowy i warunkowy, widełkowe podwyższenie kapitału), a także istotne ograniczenie wyjątków od zasady „jedna akcja – jeden głos". Jak wspomniano, obecnie Profesor uczestniczy w elitarnych grupach badawczych ds. prawa spółek: EMCA – *European Model Company Law Group* (która efekty swej pracy przedstawiła we wrześniu 2015 r. w Wiedniu) oraz ECLE – *European Company Law Experts*, oceniającej unijne prawo spółek. Jako członek powołanej przez Komisję Europejską grupy refleksyjnej na temat przyszłości europejskiego prawa spółek, jest współautorem przygotowanego przez tę grupę dokumentu pt. *Response to the European Commission's Report on the Application of the Takeover Bids Directive* (Sołtysiński, 2014d).

Na krajowy dorobek piśmienniczy składają się przede wszystkim obszerne partie komentarzy, najpierw do kodeksu handlowego[6], a obecnie – kodeksu spółek handlowych. Zob. np. *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do*

[6] Zob. *Kodeks handlowy. Komentarz*, opracowywany przez Profesora wspólnie z A. Szajkowskim i J. Szwają, publikowany przez Wydawnictwo C.H. Beck, którego dwa wydania ukazały się w dwóch tomach w latach 1994–1998. Na przykład, w drugim wydaniu tomu I z 1997 r. Profesor opracował wprowadzenie (s. 1–223) oraz objaśnienia do art. 75–142 (s. 550–788), a w drugim wydaniu tomu II z 1998 r. Profesor był autorem objaśnień do art. 307–365 (s. 1–433) i art. 431–443 (s. 917–1027).

artykułów 1–150, t. I (współautorzy: A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja), Warszawa 2001, w którym Profesor opracował objaśnienia do art. 2, art. 6, art. 8–10, art. 18–23, art. 25–57, art. 67–87 i art. 91–97; *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 151–300,* t. II (współautorzy: A. Szajkowski, A. Szumański), Warszawa 2002, w którym Profesor opracował objaśnienia do art. 173 i art. 192–197; *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 301–458,* t. III (współautorzy: A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja), Warszawa 2003, w którym Profesor jest autorem objaśnień do art. 301–304, art. 306–367 i art. 430–458; *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 459–633,* t. IV (współautorzy: A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, R. Zawłocki), Warszawa 2004, w którym Profesor opracował objaśnienia do art. 610–630. Kolejne wydania poszczególnych tomów Komentarza ukazały się w latach 2005–2014. W 2014 r. ukazał się, również z udziałem Profesora, V tom Komentarza, obejmujący pozakodeksowe prawo handlowe.

Imponujący jest także wkład do *Systemu prawa prywatnego*. W wydanym w 2008 r. tomie 16 (*Prawo spółek osobowych,* red. A. Szajkowski), Profesor opracował część dotyczącą spółki jawnej (s. 749–838), natomiast w obu tomach poświęconych spółkom kapitałowym (tomy 17A i 17B) sprawuje rolę redaktora naukowego oraz opracowuje obszerne rozdziały.

Ponadto Profesor podejmuje liczne szczegółowe problemy prawa spółek, w tym wiążące się z legislacją Unii Europejskiej i orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości UE (zob. np. Sołtysiński, 2004; Sołtysiński, 2005; Baums, Sołtysiński, 2009; Sołtysiński, 2010a; Sołtysiński, 2010c). We wrześniu 2015 r. na wiedeńskiej konferencji poświęconej prezentacji projektu European Model Company Act Profesor przedstawił referat wprowadzający pt. *General overview of EMCA Project and Introduction*.

Istotnym elementem tej części dorobku są również zagadnienia prawa koncernowego (zob. np. Sołtysiński, 1993; Sołtysiński, 2011a).

Na odrębną uwagę zasługuje udział Profesora w dyskusjach dotyczących oceny stosowania i rozwoju prawa spółek handlowych (zob. *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach. Wybrane tezy do wspólnego materiału na Zjazd Katedr Prawa Handlowego,* w: Sołtysiński, Szumański, 2006; *Kodeks spółek handlowych po upływie pierwszej dekady obowiązywania. Refleksje współsprawcy,* w: Sołtysiński, 2013a).

Profesor reaguje również na problemy pojawiające się w orzecznictwie sądowym, wyjaśniając teoretyczne i konstrukcyjne podstawy rozwiązań prawnych (zob. np. *„Droga przez mękę": uwagi o przekształceniu spółdzielni w spółkę kapitałową,* w: Sołtysiński, 2007) bądź pisząc glosy do orzeczeń Sądu Najwyższego. Profesor dzieli się też chętnie wiedzą i doświadczeniem z przedstawicielami zawodów prawniczych i osobami przygotowującymi

się do ich wykonywania, prowadząc seminaria i wykłady (np. na Podyplomowym Studium Prawa Spółek Uniwersytetu Warszawskiego w latach 2010–2014).

* * *

Dorobek naukowy Profesora Stanisława Sołtysińskiego oraz inne wybitne osiągnięcia i zasługi budzą szacunek, podziw i uznanie. Imponujące rezultaty twórczości, prezentując perfekcyjny poziom profesjonalizmu, zapewniają Profesorowi wyjątkową pozycję w nauce prawa i jednocześnie świadczą o niezmiernie istotnej, inspirującej roli w kształtowaniu nowoczesnych rozwiązań prawnych oraz ich urzeczywistnianiu w praktyce krajowej i międzynarodowej.

Autorka niniejszego tekstu pragnie złożyć na ręce Profesora najserdeczniejsze podziękowania za wieloletnią opiekę naukową i możliwość pozostawania w kręgu intelektualnego oddziaływania tak znakomitego Mistrza. Składa również najserdeczniejsze gratulacje i najlepsze życzenia wielu dalszych osiągnięć i sukcesów, a także zdrowia i wszelkiej pomyślności. *Ad multos annos*, Panie Profesorze!

Notka biograficzna:

autorka jest profesorem zwyczajnym Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu (Wydział Prawa i Administracji), kierownikiem Katedry Prawa Europejskiego.

Literatura

Baums, T., Sołtysiński, S. (2009). Projekt europejskiej ustawy modelowej o spółkach. *Przegląd Prawa Handlowego*, 1, 4–9.

Biały, A. (2004). Arbitraż jak rosyjska ruletka. Wywiad z prof. S. Sołtysińskim. *Rzeczpospolita* (18-09-2004).

Borowska, K. (2013). Łamałem regulamin w operze. Rozmowa z prof. S. Sołtysińskim. *Rzeczpospolita* (12-12-2013).

Dessemontet, F. (1989). *International Review of Industrial Property and Copyright Law*, vol. 20, 1, 120–123.

Dominiak, P. (1991). Na klęczkach przed Białym Domem. Rozmowa z prof. S. Sołtysińskim. *Tygodnik Gdański*, 11.

Drexl, J., Fikentscher, W., Fox, E.M., Fuchs., A., Sołtysiński, S. i in. (1993). Draft International Antitrust Code as a GATT-MTO-Plurilateral Trade Agreement. *Antitrust & Trade Regulation Report*, vol. 65, 1628, Special Supplement (19-08-1993).

Ehrenhaft, P.D. (1988). Unavoidable Choices In „4T's". *University of Pennsylvania Journal of International Business Law*, vol. 10, 697–704.

Leśniak, G. (2015). Są równi i równiejsi? Rozmowa z prof. S. Sołtysińskim. *Radca Prawny*, 157, 26–28.

Niewiadomski, Z. (2010). Tekst laudacji wygłoszonej przez prof. Z. Niewiadomskiego. *Gazeta SGH. Miesięcznik Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie*, 5, 5–7.

Nowicka, A. (red.) (2005). *Prawo prywatne czasu przemian. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Stanisławowi Sołtysińskiemu*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.

Nowicka, A. (2010). Profesor Stanisław Sołtysiński Doktorem honoris causa Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny,* 3, 213–215.

Sołtysiński, S. (1967). Pojęcie wynalazku na tle przepisów polskiego prawa wynalazczego. *Studia Prawnicze,* 14, 32–85.

Sołtysiński, S. (1970a). *Licencje na korzystanie z cudzych rozwiązań technicznych*. Warszawa: Wyd. Prawnicze.

Sołtysiński, S. (1970b). Odpowiedzialność producenta wobec konsumenta za szkody wyrządzone wprowadzeniem do obrotu rzeczy z wadami. *Studia Cywilistyczne*, t. XV, 115–189.

Sołtysiński, S. (1970c). W sprawie patentowania wynalazków z dziedziny chemii, środków farmaceutycznych i żywności. *Państwo i Prawo*, 1, 21–28.

Sołtysiński, S. (1973a). Ochrona prawna programów komputerowych. W: Prace z zakresu prawa cywilnego i praw na dobrach niematerialnych. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej*, 1, 383–397.

Sołtysiński, S. (1973b). Computer Programs and Patent Law: A Comparative Study. *Rutgers Journal of Computers and the Law*, vol. 3, 1–82.

Sołtysiński, S. (1975). *Prawo wynalazcze. Komentarz*. Warszawa: Instytut Wydawniczy CRZZ.

Sołtysiński, S. (1976). Bogusław Gawlik: Umowa know-how. Zagadnienia konstrukcyjne. Recenzja. *Państwo i Prawo*, 4, 135–140.

Sołtysiński, S. (1980a). Spór o terminy dochodzenia uprawnień z tytułu rękojmi za wady fizyczne przy sprzedaży. *Państwo i Prawo*, 12, 79–92.

Sołtysiński, S. (1980b). Problem dumpingu z krajów o gospodarce kontrolowanej przez państwo w ustawodawstwie Stanów Zjednoczonych Ameryki. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 3, 101–126.

Sołtysiński, S. (1981). U.S. Antidumping Laws and State Controlled Economies. *Journal of World Trade Law*, 3, 251–265.

Sołtysiński, S. (1982a). The Application of U.S. Antidumping and Other Foreign Trade Competition Law on the So-Called State Controlled Economies. W: *Interface Two. Conference Proceedings on the Legal Framework of East-West Trade.* Washington D.C.: International Law Institute, Georgetown University Law Center.

Sołtysiński, S. (1982b). O potrzebie ustawodawstwa zwalczającego praktyki monopolistyczne i nieuczciwą konkurencję. *Państwo i Prawo*, 12, 16–29.

Sołtysiński, S. (red.) (1983). Środki prawne zabezpieczania interesów eksportera technologii w warunkach ograniczania swobody kontraktowej stron. W: *Ochrona własności przemysłowej w obrocie zagranicznym. Zagadnienia wybrane*. Wrocław: Ossolineum.

Sołtysiński, S. (1985a). Czynności rozporządzające. Przyczynek do analizy podstawowych pojęć cywilistycznych. W: J. Błeszyński, J. Rajski (red.), *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*. Warszawa: PWN.

Sołtysiński, S. (1985b). Dysponowanie autorskimi uprawnieniami osobistymi. W: B. Kordasiewicz, E. Łętowska (red.), *Prace z prawa cywilnego wydane dla uczczenia pracy naukowej Profesora Józefa Stanisława Piątowskiego*. Wrocław: Ossolineum.

Sołtysiński, S. (1985c). Price Competition between Free-Market and State Controlled Economy Enterprises: the Legacy of the Outboard Marine Corp. v. Pezetel Litigations. *Swiss Review of International Competition Law*, 5–29.

Sołtysiński, S. (1986). Choice of Law and Choice of Forum in Transnational Transfer of Technology Transactions. *Recueil des cours*, vol. 196, Dordrecht-Boston-Lancaster, 243–383.

Sołtysiński, S. (1987a). Prawo właściwe dla licencji patentowych w polskim prawie międzynarodowym prywatnym. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2, 15–42.

Sołtysiński, S. (1987b). Sankcje w ustawie o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym w gospodarce narodowej. *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 4, 21–38.

Sołtysiński, S. (1988). Prawo właściwe dla umów know-how. *Państwo i Prawo*, 9, 44–57.

Sołtysiński, S. (1989). Transfer technologii a ustawodawstwo antytrustowe w USA i EWG. W: *Własność przemysłowa w transferze technologii.* Warszawa.

Sołtysiński, S. (1990a). W: J. Szwaja, A. Szajkowski (red.). *System prawa własności intelektualnej. T. 3, Prawo wynalazcze*. Wrocław: Ossolineum.

Sołtysiński, S. (red.) (1990b). Ochrona prawna programów komputerowych. W: *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego. Studia i rozprawy. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Zbigniewa Radwańskiego*. Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.

Sołtysiński, S. (1992). Układ o stowarzyszeniu między Polską a Wspólnotami Europejskimi. Problematyka prawna i ekonomiczna. *Państwo i Prawo*, 6, 4–23.

Sołtysiński, S. (1993). Zgrupowanie spółek. Zarys problematyki prawnej. *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 3, 223–243.

Sołtysiński, S. (1996a). Dostosowanie prawa polskiego do wymagań Układu Europejskiego. *Państwo i Prawo*, 4–5, 31–43.

Sołtysiński, S. (1996b). International Exhaustion of Intellectual Property Rights under the TRIPs, the EC Law and the Europe Agreements. *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht. Internationaler Teil*, 4, 316–326.

Sołtysiński, S. (1996c). Arbitration Law in States after Fundamental Changes. W: *International Council for Commercial Arbitration*, Congress Series No. 7. The Hague/London/Boston.

Sołtysiński, S. (1998). Antitrust Laws in a Country in Transition: the Polish Experience. W: H. Ullrich (red.), *Comparative Competition Law: Approaching an International System of Antitrust Law*. Baden-Baden: Nomos.

Sołtysiński, S. (2001). Prawo właściwe dla spółek prawa handlowego. *Rejent*, 7–8, 267–296.

Sołtysiński, S. (2004). Societas Europaea: Implementing the SE Regulation in Poland. W: *Die Europäische Aktiengesellschaft. Umsetzungsfragen und Perspektiven.* Berlin: De Gruyter Verlag.

Sołtysiński, S. (2005). Złota akcja Skarbu Państwa w świetle prawa unijnego i polskiego. W: A. Łazowski, R. Ostrihansky (red.), *Współczesne wyzwania europejskiej przestrzeni prawnej. Księga pamiątkowa dla uczczenia 70. urodzin Profesora Eugeniusza Piontka*. Kraków: Zakamycze.

Sołtysiński, S. (2006a). Nieważne i wzruszalne uchwały zgromadzeń spółek kapitałowych. *Przegląd Prawa Handlowego*, 1, 4–15.

Sołtysiński, S. (2006b). Czy „istnieją" uchwały „nieistniejące" zgromadzeń spółek kapitałowych i spółdzielni? *Przegląd Prawa Handlowego*, 2, 4–14.

Sołtysiński, S. (2007). „Droga przez mękę": uwagi o przekształceniu spółdzielni w spółkę kapitałową. W: A. Kidyba, R. Skubisz (red.), *Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej*. Kraków: Wolters Kluwer.

Sołtysiński, S. (2008a). W: A. Szajkowski (red.). *Prawo Spółek Osobowych. System Prawa Prywatnego.* T. 16. Warszawa: C.H. Beck.

Sołtysiński, S. (2008b). Transgraniczne konflikty jurysdykcyjne ze szczególnym uwzględnieniem arbitrażu. W: A. Tynel, A. Szumański, S. Pieckowski, P. Nowaczyk, J. Poczobut (red.), *Międzynarodowy i krajowy arbitraż handlowy u progu XXI wieku. Księga pamiątkowa dedykowana dr. hab. Tadeuszowi Szurskiemu*. Warszawa: C.H. Beck.

Sołtysiński, S. (2010a). Golden Shares: Recent Developments in E.C.J. Jurisprudence and Member States Legislation. W: S. Grundmann, B. Haar, M. Merkt, P. Mülbert, M. Wallenhoter i in. (red.), *Festschrift für Klaus J. Hopt.* Berlin/ New York: de Gruyter.

Sołtysiński, S. (2010b). Ład korporacyjny w świetle lekcji kryzysu. *Gazeta SGH. Miesięcznik Szkoły Głównej Handlowej w Warszawie*, 5, 8–12.

Sołtysiński, S. (2010c). Jeszcze o implementacji przepisów dyrektywy 2006/68/WE w sprawach aportów i obniżenia kapitału zakładowego – polemika. *Przegląd Prawa Handlowego*, 4, 4–10.

Sołtysiński, S. (2011a). Zgrupowanie spółek: dylemat ustawodawcy. W: Najnowsze trendy w polskim i niemieckim prawie spółek i prawie koncernowym – konferencja ku czci Prof. Dr. Dres. h.c. Markusa Luttera. *Dodatek do Monitora Prawniczego*, 24, 3–6.

Sołtysiński, S. (2011b). Arbitraż inwestycyjny, kohabitacja z wymiarem sprawiedliwości, rosnące koszty i inne problemy sądownictwa polubownego. W: K. Weitz, J. Gudowski (red.), *Aurea praxis, aurea theoria. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Tadeusza Erecińskiego.* Warszawa: Lexis Nexis.

Sołtysiński, S. (2011c). Prawo kolizyjne spółek prawa handlowego. W: A. Koch, J. Napierała (red.), *Prawo spółek handlowych. Podręcznik akademicki*. Warszawa: Lex a Wolters Kluwer Business.

Sołtysiński, S. (2011d). O funkcjach i skutkach obowiązywania norm względnie wiążących – spór „twardego" pozytywisty z eklektycznym trynitarzem. *Przegląd Prawa Handlowego*, 11, 5–12.

Sołtysiński, S. (2012a). O projekcie jednolitej ochrony patentowej w Unii Europejskiej. W: *Problemy polskiego i europejskiego prawa prywatnego. Księga pamiątkowa Profesora Mariana Kępińskiego*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Sołtysiński, S. (2012b). W: R. Skubisz (red.), *Prawo własności przemysłowej, System Prawa Prywatnego,* T. 14A. Warszawa: C.H. Beck.

Sołtysiński, S. (2013a). Kodeks spółek handlowych po upływie pierwszej dekady obowiązywania. Refleksje współsprawcy. W: J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po dziesięciu latach.* Wrocław: WUW.

Sołtysiński, S. (2013b). The Demise of the Principle of Equality of Economic Actors in Private Law. W: I. Govaere, D. Hanf, *Scrutinizing Internal and External Dimensions of European Law, Liber Amicorum Paul Demaret*. Bruxelles: P.I.E. Peter Lang.

Sołtysiński, S. (2014a). O niektórych aspektach ochrony własności intelektualnej i szansach poprawy innowacyjności polskiej gospodarki: refleksje agnostyka. *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, 4, 160–190.

Sołtysiński, S. (2014b). Ważny wyrok w sprawach stwierdzenia wykonalności części zagranicznego orzeczenia sądowego oraz pojęcia klauzuli porządku publicznego. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z 11 października 2013 r., I CSK 697/12. *Polski Proces Cywilny*, 3, 413–421.

Sołtysiński, S. (2014c). The Dispute about the Legitimacy of Investment Arbitration: Is the Principle of Equality of Parties an Outdated Concept? W: B. Sabahi, N.J. Birch, I.A. Laird, J.A. Rivas (red.), *A Revolution in the International Rule of Law: Essays in Honor of Don Wallace, Jr.* New York: Juris Publishing.

Sołtysiński, S. (2014d). Response to the European Commission's Report on the Application of the Takeover Bids Directive. University of Cambridge Faculty of Law, *Legal Studies Research Paper Series*, 5.

Sołtysiński, S. (2015a). Prohibition on Relitigation of Transnational Arbitration Disputes: Res Iudicata and Related Institutions. W: *The Challenges and the Future of Commercial and In-*

vestment Arbitration. Księga Pamiątkowa ku czci Profesora Jerzego Rajskiego. Warszawa: Lewiatan & Wolters Kluwer.
Sołtysiński, S. (2015b). Zmierzch zasady równego traktowania podmiotów gospodarczych. *Państwo i Prawo*, 1, 84–99.
Sołtysiński, S., Szajkowski, A., Szumański, A. (1999). Ustawa – prawo spółek handlowych. Projekt z 31 marca 1999 r. z uzasadnieniem. *Studia Prawnicze*, 1–2, 9–87.
Sołtysiński, S., Szajkowski, A., Szumański, A., Szwaja, J. (red.) (2001). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 1–150,* T. I. Warszawa: C.H. Beck.
Sołtysiński, S., Szajkowski, A., Szumański, A., Szwaja, J. (red.) (2002). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 151–300,* T. II. Warszawa: C.H. Beck.
Sołtysiński, S., Szajkowski, A., Szumański, A., Szwaja, J. (red.) (2003). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 301–458,* T. III. Warszawa: C.H. Beck.
Sołtysiński, S., Szajkowski, A., Szumański, A., Szwaja, J. (red.) (2004). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 459–633,* T. IV. Warszawa: C.H. Beck.
Sołtysiński, S., Szajkowski, A., Szwaja, J. (1994). *Kodeks handlowy. Komentarz,* T. I. Warszawa: C.H. Beck.
Sołtysiński, S., Szajkowski, A., Szwaja, J. (1996). *Kodeks handlowy. Komentarz,* T. II. Warszawa: C.H. Beck.
Sołtysiński, S., Szajkowski, A., Szymanek, T. (1990). *Komentarz do prawa wynalazczego*. Warszawa: Wydaw. Prawnicze.
Sołtysiński, S., Szumański, A. (2006). Kodeks spółek handlowych po pięciu latach. Wybrane tezy do wspólnego materiału na Zjazd Katedr Prawa Handlowego. W: J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*. Wrocław: WUW.
Zaphiriou, G. (1988). Academie de Droit International: Recueil des Cours Vol. 1. *The American Journal of Comparative Law,* vol. 36, 3, 570–576.

Professor Stanisław Sołtysiński – distinguished scholar and practitioner. Co-author of modern commercial law

Summary

Professor Stanisław Sołtysiński was born on 2 May 1939 in Poznan. He graduated from the Faculty of Law and Administration at the Adam Mickiewicz University in 1961 and was conferred the degree of a doctor of legal science in 1965. In 1970 he received the title of habilitated doctor of law, and in 1979 an extraordinary professor of law. Since 1988 he has enjoyed the title and honours of full (ordinary) professor of law. Between 1981–1984 he was Dean of the Faculty of Law and Administration at the Adam Mickiewicz University. Professor Sołtysiński's academic achievements are impressive and he is regarded as one of the most eminent legal scholars in Poland and abroad.

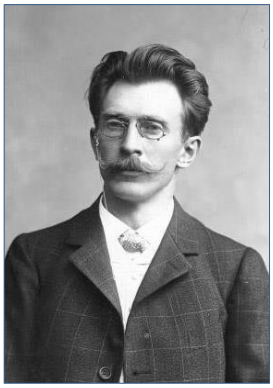
Apart from lecturing at his Alma Mater, Professor Sołtysiński was visiting professor at the University of Pennsylvania Law School in Philadelphia (1975–1992), the College of Europe in Brugge (1992–1994) and Natolin (1994–1995), the Asser Institute in the Hague (1997–1998), J.W. Goethe Universität in Frankfurt am Main (2009), and

the Munich Intellectual Property Law Centre (2006–2013). He also lectured at a number of American universities, including Columbia, Georgetown, Berkeley and Harvard, as well as other academic centres such as, among others, the Max Planck Institute in Munich, the Academy of International Law in the Hague, the universities in Cambridge, Bonn, Budapest, Dubrovnik, Luxemburg, Mexico City, Seul, and Caracas.

He was member of the Polish delegation negotiating the Agreement of Association with the European Communities and one of the advisors in negotiations regarding Poland's accession to the European Union. Professor Sołtysiński is a member correspondent of the Polish Academy of Learning (Polska Akademia Umiejętności) and an ordinary member of *Academia Scientiarum et Artium Europaea* (Salzburg) and *Academia Europea* (London). Between 2003–2013 he was member of Governing Council of UNIDROIT.

On 13 May 2010 Professor Sołtysiński was conferred the title of doctor honoris causa of the Szkoła Główna Handlowa in Warszawa (Warsaw School of Economics) and on 3 May 2015 he received the Order with Commandor's Cross (Krzyż Komandorski Orderu Odrodzenia Polski) (earlier, he was honoured with the Knight's Cross and Officer's Cross and, still earlier, a Silver Cross of Merit. In 2005 the Prime Minister of Poland awarded Professor Sołtysiński a Badge of Honour „For the Services for Inventive Activity" and in 2013 the Minister of Foreign Affairs awarded him with a Badge „Bene merito" for his activity which strengthened Poland's position on the international arena. In 2011 he received the Cross with a Ribbon of Order of the Federal Republic of Germany (*Verdienstkreuz am Bande*). He is also holder of the Honorary Badge of the City of Poznan and the Honorary Hipolit statute awarded by the Hipolit Cegielski Association in Poznan.

Key words: lawyer, scholar, civil and commercial law, private international law, intellectual property, international commercial transactions, international commercial and investment arbitration, antitrust law.



Габриэль Феликсович Шершеневич – польский дворянин в российских университетах

G.F. Szerszeniewicz – polski szlachcic na rosyjskich uniwersytetach

ИГОРЬ АРЗУМАНОВ

Резюме

В статье рассматривается биография Г.Ф. Шершеневича и историография его научных трудов. Особое внимание уделяется системе общей теории и философии права Г.Ф. Шершеневича и ее влиянии на теорию, методологию частного права. В данном ракурсе анализируются проблемы дуализма и конструкции юридических отношений в гражданском праве.

Ключевые слова: теория права, философия права, дуализм, юридические отношения, методология.

Обращение к наследию Г.Ф. Шершеневича на рубеже XX-XXI в. в истории российского правоведения не случайно. Особенности переходного периода, переживаемого Российской политической и социально-экономической системой на современном этапе во многом имеют единые методолого-правовые факторы с ситуацией конца XIX– нач. XX в. К основным из них, учитывая общие проблемы правопонимания,

необходимо отнести попытки переосмысления позитивистского подхода к понятию частного права и обращения к системному подходу в моделировании новой правовой системы и процессов правообразования в современных условиях.

Не случайно с 90-х гг. XX в. были предприняты переиздания трудов Г.Ф. Шершеневича, ставших классическими образцами научной-педагогической мысли российской и мировой цивилистики. Среди основных изданий необходимо выделить *Учебник русского гражданского права* (1907 г.), *Общая теория права: Учебное пособие. В 2 т.* (1910–1912 гг.), *Учебник торгового права* (1914 г.).

Непреходящее дидактическое значение трудов Г.Ф. Шершеневича определяется, прежде всего, предпринятой ученым систематизацией курса русского частного права. По точному замечанию Б.А. Суханова, данная систематизация являлась не только отражением современной Г.Ф. Шершеневичу системы частного права, но и давала методологические перспективы для его дальнейшего развития. Особенно актуальное значение научных трудов Г.Ф. Шершеневича приобрело при разработке нового гражданского кодекса в России начала XX века, что также было частично использовано ещё и в нормах гражданского кодекса РСФСР в 1922 г. (Шершеневич, 1995).

I. Биография и историография научных трудов Г.Ф. Шершеневича

Научный творческий путь Г.Ф. Шершеневича возможно разделить на два этапа, опосредованных как фактами его личной биографии, так и изменяющейся общественно-политической ситуацией в России второй половине XIX– нач. XX в. Первый этап интересен тем, что он связан со становлением Г.Ф. Шершеневича как личности. Он родился в семье польского дворянина в 1863 г. в херсонской губернии. Среднее и высшее образование получил в Казани. В 1885 г. окончил Казанский императорский университет. В нем Г.Ф. Шершеневич преподавал до начала революции 1905 г., положившей начало его политической деятельности в качестве депутата от г. Казани в первой Государственной Думе России. Период с 1905 г. по 1912 г. (год кончины ученого) возможно определить в качестве второго этапа его научно-педагогической деятельности, прошедшей преимущественно в стенах Московского университета.

Водораздел в становлении правовых взглядов ученого детерминирован его гражданской позицией. Кризис современной ему политичес-

кой системы и осознаваемая им необходимость модернизации формы правления в той или иной мере сказывались на предметной дифференциации и акцентуации его исследований.

Первый период, именуемый в библиографической литературе как „казанский", стал периодом научно-образовательной деятельности Г.Ф. Шершеневича в Казанском императорском университете. Первоначально учёный работал на кафедре гражданского права Казанского императорского университета, а затем после защиты степени магистра гражданского права с 1891, перешёл на кафедру торгового права и торгового судопроизводства. Данный период для Шершеневича Г.Ф. ознаменовался выходом в свет целого ряда публикаций, отразивших основную базу предмета и объекта его дальнейших исследований.

Среди публикаций Г.Ф. Шершеневича данного периода труды по истории русского частного права, среди которых следует отдельно выделить следующие его работы: *Система торговых действий. Критика основных понятий торгового права* (1888 г.); *О праве замужней женщины на производство торговли* (1888 г.); *К вопросу о системе гражданского права* (1892 г.); *Наука гражданского права в России* (1893 г.). Особое внимание заслуживают научные труды Г.Ф. Шершеневича, отражающие итоговый результат его исследований в области частного права в таких фундаментальных изданиях как *Курс торгового права* (1888, 1892, 1899, 1908–1912 гг.) и *Курс гражданского права* (1901–1902 гг.).

Его базовые курсы торгового (1888, 1894 гг.) и гражданского (1894 г) права, являлись глубоко продуманными изложениями системы нормативного регулирования общественных отношений в социально-экономической сфере. Они свидетельствовали об его сознательном стремлении к комплексному охвату правового регулирования данной сферы, структурировании правового материала в системе логически взаимосвязанных институтов.

Здесь возможно говорить о соотношении творческих результатов двух периодов с развитием взглядов Г.Ф. Шершеневича как учёного, разделяющего общие учения теории позитивного права. Безусловно, он находился в ключевой струе позитивизма своего времени и философско-правового подхода европейского позитивизма, разработанных в учениях Ф. Иеринга, Дж. Остина. При этом необходимо отметить, что теория позитивного права в исследованиях Г.Ф. Шершеневича эволюционировала по мере его углубленной проработки правового массива и осмысления методологических основ систематизации гражданского и торгового права.

Наиболее ярко такие исследования проявились во втором периоде научного творчества Г.Ф. Шершеневича, именуемом уже в как „москов-

ский", который ознаменовался его философско-правовыми изысканиями в области теории права. Учёного интересовали проблемы соотношений общей теории права (Шершеневич, 1911–1912) с отраслевыми юридическими науками, вопросы отраслевой стратификации права, в частности, проблемы систематизации торгового права, цели и задачи кодификации отдельных отраслей частного права и др.

Деятельность Г.Ф. Шершеневича на политическом поприще, его мировоззренческие приоритеты, сложившиеся в результате его деятельности в качестве депутата Первой Государственной Думы, также имели влияние на выработку общеметодологических государствоведческих подходов к пониманию права и его истоков, а также роли такого элемента формы государства как форма правления. Важно также и понимание того, что общетеоретические взгляды учёного-цивилиста отражали общие тенденции социологизации взгляда на право.

II. Учения Г.Ф. Шершеневича в системе общей теории и философии права

Наиболее полно данные тенденции отразились в его философско-правовых и общетеоретических положениях. В первом томе курса *Общая теория права* Г.Ф. Шершеневич рассматривает задачи соотношения философии и философии права с общей теорией прав, социологией и энциклопедией (теорией) права. Автор достаточно четко проводит мысль о фундаментальном характере философского знания, посредством которого выявляется постоянство закономерностей в изменяющемся социальном мире. Именно поэтому в рамках философии формируется научный взгляд на онтологические основы мироздания.

Философия же права, по мнению учёного, являясь теоретическим ядром общей теории права, призвана систематизировать и переосмыслить данные отраслевых юридических наук, обобщение которых проходит в рамках задач общей теории права (Шершеневич, 1910). В общих заключениях Г.Ф. Шершеневича прослеживается тенденция к модификации позитивистского подхода к правопониманию за счёт усиления роли социологии и этики при выработке определения понятия права. Не случайно, например Т.В. Желдыбина, определяет учение Г.Ф. Шершеневича в качестве модификации позитивистской теории за счет включения социологического фактора (Желдыбина, 2007).

Безусловно, данная модификация с одной стороны – следствие общих тенденций развития философско-правовых идей XIX в., а с дру-

гой – плод собственных размышлений Г.Ф. Шершеневича над проблемами сущности права как регулятора гражданско-правовых отношений. Данный ракурс его взглядов раскрывается в русле аналитики социологической специфики политического и экономического развития Российской империи конца XIX– нач. XX в.

Необходимость в системном взгляде на право базируется у Г.Ф. Шершеневича на осознании взаимодействия философии права, социологии, теории права и недостатков современной ему системы правоведения. Основной проблемой автор считает автономизацию философии права и специальных юридических наук друг от друга. Преодоление автономизации видится автором в дифференциации философии права на три блока, включающих в себя теоретическую, практическую и историческую составляющие познания правовой действительности, из которых, по мнению Г.Ф. Шершеневича, проявляется содержание философии права. Его структура включает в себя общую теорию права, историю права и политику права. Данный элементный состав научной философии права базируется на социологическом подходе, определяющем системный характер междисциплинарных соотношений философии права в системе право – человек – общество – государство.

Таким образом, отношение философии права и социологического подхода в правопомнимании определяется их методологической взаимосвязью, поскольку, как утверждает Г.Ф. Шершеневич, „право есть одно из проявлений общественности и право есть социологическое понятие, а не юридическое и познание его невозможно вне социологического подхода" (Шершеневич, 1910, с. 56).

Последнее определяет для автора необходимость уяснения природы человека и его потребностей как индивида. При этом общее благо достигается нормами, установленными обществом и государством, обращающим человека в средство достижения целей ради самосохранения (Шершеневич, 1910, с. 357). Под нормой, в данном контексте автор понимает общее указание, как должно действовать, чтобы достигнуть той или иной цели. Природа социальной нормы отличается императивным велением государства индивиду, при сохранении отсутствия восприятия государства как субъекта права. Дилемма снимается пониманием со стороны Г.Ф. Шершеневича тем, что право, по сути, являет собой снятие противоположности интересов властвующих и подчиненных. Право, таким образом, с одной стороны, отождествляется с нормой, а с другой, данные нормы производны от государства, власть которого превалирует над всеми иными видами социальной власти.

Само понимание государства определяется Г.Ф. Шершеневичем с социологических позиций. Именно государство является источником права, что снимает необходимость интерпретировать государство с позиций правовых категорий. К государству не могут быть применены юридический санкции, и вопросы государствоведения не решаются с позиций юридической догматики. К признакам государства Г.Ф. Шершеневич относил следующие элементы: 1) власть в форме подчинения воле государства его подвластных; 2) население; 3) территорию в виде пространственного действия государственной власти в границах такого государства.

Таким образом, право как явление выступает в качестве политики силы. Отсюда проистекает не только теория принуждения в учении о праве, но и положение о первенстве государства над правом как производным от него явлении (Шершеневич, 1910, с. 314).

Таким образом, Г.Ф. Шершеневич ставит вопрос об эффективности правовой организации системы государственной власти и связывает данный вопрос с формой правления. Как отмечает Г.Ф. Шершеневич среди всех форм правления, отдавал предпочтение конституционной монархии (Желдыбина, 2007, с. 19). Вопрос о принадлежности верховной власти решается Г.Ф. Шершеневичем достаточно любопытно с точки зрения классического понимания конституционной монархии как формы правления, предполагающей наличие института разделения властей. Г.Ф. Шершеневич ставит вопрос иначе. Он отрицает теорию разделения властей, утверждая о необходимости централизованной императорской власти, сопряженной с наличием специализированного отраслевого управления с четким разграничением компетенции между ветвями власти.

Г.Ф. Шершеневич отмечает необходимость учета исторической преемственности политико-правовой культуры и исторического сознания народа. С другой стороны, общественная теория самоуправления, которой он придерживался, накладывала свой отпечаток на его видение роли органов местного самоуправления в процессах хозяйственного управления автономно от государства (Желдыбина, 2007, с. 20).

Значение данных взглядов Г.Ф. Шершеневича для современных попыток осмысления исторического пути России освещено в недостаточной степени. Так, современными российскими правоведами ставится вопрос о природе правопонимания с учетом традиционных форм правосознания (его исторической преемственности), о возможной корректировке форм государственного устройства, формы правления, необходимости „перезагрузки" роли и функций органов местного самоуправления как факторов оживления тех форм общественной

жизни, которые непосредственно влияют на торгово-экономический оборот и его качество.

Исторический подход к правовым явлениям, учёт особенностей общественной жизни каждого конкретного народа и его правовых обычаев в процессах исследования права – один из основных методологических подходов Г.Ф. Шершеневича.

III. Научные исследования Г.Ф. Шершеневича по теории и методологии частного права

Его вклад в разработку общей теории и методологии изучения частного права в этом смысле трудно переоценить. Конечно, общий уровень политико-правовой мысли современной ему России не мог не отложить своего отпечатка на предпринятые им разработки подходов к исследованию правовых явлений.

К наиболее значительным достижениям Г.Ф. Шершеневича как учёного-цивилиста и педагога, является комплексная разработка методологии юридической науки. Достаточно продуктивным видится понимание Г.Ф. Шершеневичем исторической необходимости права, как в прошлом, так и в настоящем (Шершеневич, 1910, с. 357).

Исторический ракурс понимания права вкупе с социологичексим подходом определил и понимание гражданского права как совокупности юридических норм, определяющих частные отношения отдельных лиц в обществе (Шершеневич, 1995, с. 11).

При четкой дифференциации права на публичное и частное, Г.Ф. Шершеневич выводит основные маркеры гражданского права среди которых, во-первых, частные лица, рассматриваемые как субъекты отношений, и, во-вторых, частный интерес, как содержание этих отношений.

В качестве основных в процессе изучения норм гражданского законодательства и в целом общей теории гражданского права, Г.Ф. Шершеневич выделяет четыре основных направления: историческое, догматическое, социологическое и критическое.

Каждое из этих направлений в отдельности и в своей совокупности представляют в интерпретации учёного оригинальный взгляд на саму природу права. В этой связи необходимо отметить, что Г.Ф. Шершеневич придерживается комплексного подхода, при котором каждый структурный элемент его методологической системы находится в синергетической взаимосвязи с другим элементом.

Так, исторический метод исследования права, кроме того, что в качестве основой цели ставит исследование исторических данных, традиций, на которых основывается современный правопорядок, служит средством для систематического изучения современного положительного права (Шершеневич, 1995, с. 14) в его исторической ретроспекции. Нельзя не отметить актуальность данного видения комплексного характера исторического метода, предложенного Г.Ф. Шершеневичем, для современного историко-правового и более того – правотворческого дискурса гражданского права как самостоятельной отрасли права. Исследователь выдвигает базовый тезис о практико-методологическом значении данного направления. По мнению Г.Ф. Шершеневича исторический метод, призванный раскрыть особенности того или иного института частного права в конкретных историко-культурных условиях жизни народа, позволяет предупредить возможные ошибки в применении каких-либо теоретических положений, противоречащих исторически сложившимся особенностям правосознания народа. Исследователь делает взвод о значимости исторического метода как предварительного условия системного рассмотрения норм гражданского права в общем русле правовой политики государства (Шершеневич, 1995, с. 14).

Социологическое измерение общего подхода к пониманию природы права в применении к рассмотрению сущности исторического метода, выводит Г.Ф. Шершеневича на позиции, близкие к исторической школе права, яркими представителями которой являлись Савиньи и Пухта. Он прямо указывает на ключевые параметры данного подхода, определяемые необходимостью рассмотрения правовой материи с точки зрения исследования исторических оснований данных правовых форм, а не с позиций идеального представления о формах и сущности права, которые были свойственны философско-правовым воззрениям естественно-правовой школы, например, эпохи Просвещения.

Основное практическое значение рассмотрения условий и форм права в их историко-правовой конкретике – лучшее усвоение и, соответственно, применение норм права на современном этапе.

Исторический подход непосредственно связан с догматическим направлением в исследовании частно-правовых общественных отношений и регулирующих их норм положительного права.

Догматический метод, в понимании Г.Ф. Шершеневича представляет собой систему, состоящую из четырех основных структурных элементов: описание, обобщение, выработка понятий (предписаний), систематизация.

Догматика, и догматический метод по мнению Г.Ф. Шершеневича, заключается в системном изложении действующих норм гражданского права в конкретной стране. Систематизация осуществляется за счет послоедовательных процедур, включающих не только описание, обобщение, классификацию норм, но и последующее установление юридических предписаний (Шершеневич, 1995). Для Г.Ф. Шершеневича системное изложение норм права той или иной отрасли, определяющее понятие догмы, определяет процесс выработки системы юридических понятий и категорий.

Наиболее полно взаимосвязи исторического догматического направлений в методологии исследования гражданско-правовой материи проявилась в творчестве Г.Ф. Щершеневича в вопросах, связанных с кодификацией права.

Интерес к истории формирования гражданско-правовой системы в странах западной Европы возник не случайно. Ещё, будучи студентом Казанского императорского университета, он обращался к истории кодификации права общегерманского и итальянского законодательства. Впоследствии, изучая историю торгового права России, Франции, Г.Ф. Шершеневич подходил к процессу исследования истории вопроса с комплексных позиций позитивиста. При понимании под правом совокупности юридических норм (объективный смысл понимания права), Г.Ф. Шершеневич, тем не менее, включал в методологию историко-социальный аспект, на базе которого им были определены принципы кодификации гражданского права.

К первому из них, как отмечает Т.В. Желдыбина относится принцип своевременности, наиболее полно способствующий эффективности проведения кодификационных работ. Ко второму Г.Ф. Шершеневич относил принцип целесообразности (Желдыбина, 2007а). И.Н. Сенякин отмечал в этой связи не только форму, но и содержание кодификационных работ. Сам Г.Ф. Шершеневич в качестве цели кодификации ставил приведение существующих юридических отношений (при возможной минимизации изменений) в такое единство, которое определяется необходимостью достижения цельности и систематичности (Сенякин, 1993).

Осуществляя анализ кодифицированного законодательства стран Западной Европы и России Г.Ф. Шершеневияч заложил основы методологии сравнительного правоведения в области цивилистики.

Социологическое направление методологии исследования частного права в понимании Г.Ф. Шершеневича имеет своей основной целью изучении общих законов развития гражданского права. Весьма примечательна и для позитивистского правопонимания инновационная

установка Г.Ф. Шершеневича на приоритетное понимание гражданского права как социального явление, которое должно рассматриваться на равне с такими явлениями общественной жизни, как мораль, религия, культура (Шершеневич, 1995, с. 17).

Более того, с позиций социологического подхода наука гражданского права рассматривается Г.Ф. Шершеневичем как часть социологии, предметом которой являются частно-правовые явления общественной жизни. В основание данного тезиса ученый ставит два основных пункта. Первый фиксирует факт того, что на определенных этапах развития человеческого социума частное и публичное право не было дифференцировано. Второй пункт любопытен уже тем, что Г.Ф. Шершеневич фактически приравнивает право к иным социальным регуляторам – морали, религии, обрядов, имея в ввиду ранние этапы становления социальной жизни, отличающейся синкретизмом социальных регуляторов с одной стороны, и отсутствием государственно-организованных сообществ, с другой (Шершеневич, 1995, с. 17).

Нельзя не отметить данный ракурс правопонимания. На современном этапе методологически он отражен в понимании права в широком (общесоциальном смысле) и в узком (собственно позитивно-правовом). Данная дифференциация весьма плодотворна во многих отношениях. Ее следствием является и дифференциация государственного и правового регулирования. Таким образом Г.Ф. Шершеневич, модифицируя позитивистский подход к правопониманию социологическим ракурсом исследования гражданского права предвосхитил современные поиски его оптимальных моделей. По мысли Г.Ф. Шершеневича социологический поход имеет целью: 1) выявление тех общественных условий, которые детерминировали появлений какого-либо института права и изменение его первичных форм; 2) определение научных оснований дальнейшего развития данного института.

Критический подход в методологии исследования базируется, по мысли Г.Ф. Шершеневича, на историческом, догматическом и социологическом исследованиях. В качестве основной цели критического направления методологии является выявление адекватностти норм положительного права реалиям общественных отношений с поледующими практико-прогностическими разработками возможных изменений в положительном праве. На современном этапе данный поход, например, определяет видение дальнейших путей развития российского государства с позиций исторической традиции формы правления, государственного устройства. В гражданско-правовой сфере данный поход дает основания для сравнительного анализа гражданско-правового законодательства России имперского и постсоветского периодов.

IV. Научные исследования Г.Ф. Шершеневича по проблеме дуализма в частном праве

Кроме того, Г.Ф. Шершеневич, на основании критического подхода обосновывал несовершенство дуализма частного права (деление его на общегражданское и торговое) в западно-европейских правовых системах (Италия, Германия, Франция). Отсутсвие такого деления в России увязывалось автором в связи с историческими особенностями развития традиций купеческого сословия и права (имеющего свою специфику как в странах Западной Европы, так и в России) (Шершеневич, 1994). На базе комплексного похода Г.Ф. Шершеневич разработал основы научно обоснованной кодификации торгового права и видение проблем соотношения частных и публичных интересов в гражданском законодательстве (Богданов, 2000).

Проблема соотношения гражданского и частного права решалась Г.Ф. Шершеневичем исходя из понимания разницы российского правопорядка, от правопорядка западноевропейских стран. Исходя из комплексного похода к данной проблеме Г.Ф. Шершеневич обосновывал логичность положения о том, что публичное торговое право включает нормы, с помощью которых государство регулирует общественные отношения, связанные как с регулированием правого положения участников торговых отношений так и с контрольными функциями государства (финансовое право, налоговая и таможенная политика, меры воздействия уголовного и административного) (Шершеневич, 1994, с. 27).

Под частным тороговым правом Г.Ф. Шершеневич понимает нормы, непосредственно регулирующие отношения между частными лицами – субъектами торгового права. Данные положения базируются на осознании исторических особенностей развития данной сферы общественных отношений в России, в которой не было развито собственно частное торговое право. Оно являлось частью (подотраслью) гражданского права. Как отмечает Т.А. Желдыбина, соединение частно-правовых норм с нормами публичного права вызывает затруднения при кодификации гражданского права (Желдыбина, 2007а, с. 154–160). И, как отмечает Е.А. Суханов, Г.Ф. Шершеневич показал не свойственность такого дуализма правопорядку, сложившемуся в России, а также отсутствие объективных причин, способных породить данный дуализм. Заслуга Г.Ф. Шершеневича состоит в том, что в его учении о систематизации торгового права лежат истоки понимания торгового права в качестве под отрасли гражданского права, поскольку отношения между частными лицами, возникающие из торгового оборота, являются также и составной частью оборота гражданского (Шершеневич, 1994,

с. 28). Это позволяет не только разобраться в запутанной картине современных дискуссий, но на современном этапе имеет следствием ряд важных выводов законотворческого порядка. В частности А.Е. Суханов отмечал несостоятельность дискуссий о подготовке торгового кодекса в России в 90-х гг. XX в. (Шершеневич, 1994, с. 15).

Комплексный подход, предпринят Г.Ф. Шершеневичем и при обзорной систематизации законодательства, нормы каторги регулируют отношения в сфере частной торговли. Вопрос об источниках торгового права актуален и на современном этапе.

Г.Ф. Шершеневич, систематизируя источники русского торгового права конца XIX- нач. XX в. дифференцирует их по трем основным позициям: 1) торговые законы; 2) гражданские законы; 3) торговые обычаи. При этом под торговыми законами Г.Ф. Шершеневич понимает исключительные нормы, предназначенные законодателем специально для торгового оборота, независимо от места, какое отведено им в Своде законов российской империи, включая сводное Продолжение 1906 г. в 5 тт.

К таковым автор относит Устав торговый (Т. 10, ч. 2 СЗРИ), 4 кн. Т. 10, ч. 1 Свода законов Гражданских – Об обязательствах по договорам, Устав о Промышленности (Т. 11, ч. 2), Устав кредитный (Т. 11, ч. 2), Устав о векселях (от 27 мая 1902 г.), Общий устав российских железных дорого (Т. 12, ч. 1), Положение о государственном промысловом налоге (от 8 июня 1989 г.) (Т. 5, уст. О прямых налогах, изд. 1903 г.), Устав судопроизводства Торгового (Т. 11, ч. 2).

Социологические параметры предлагаемого Г.Ф. Шершеневичем методологического дискурса наиболее полно проявляются при проведенном им дифференциационном анализе такого источника торгового права как обычай. Автор уделяет ему внимание в силу того, что современное ему российское законодательство (как впрочем и законодательство стран западной Европы XIX в.) „сохраняло за обычаем правотворческую силу" (Шершеневич, 1994, с. 45), поскольку само торговое право веками развивалось в форме обычного права. Обычаи в торговом обороте различаются Г.Ф. Шершеневичем по пространству действия и по роду торговли. Причем, автор четко дифференцирует нормы обычного права и заведенный порядок в „торговом быту", отмечая при этом, что нормы обычного права являются все-таки правом, а заведенный порядок „фактом" (Шершеневич, 1994, с. 45).

Антропоюридическое измерение социологического подхода, выражающиеся в употребляемом Г.Ф. Шершеневичем понятии „заведенный порядок" заключается в том, что данное понятие служит основанием лишь возможного проявления чьей-либо воли, намерения сторон

(возможного предположения), базирующимся на опыте и наблюдении над предшествовшими формами ее проявления. Вследствие этого „заведенный порядок" (как и договор) исключает применение норм диспозитивного характера.

Г.Ф. Шершеневич ставит нормы обычного права в зависимость норм положительного права (исходя из анализа структуры российского законодательства, нормы которого регулируют гражданского правовые отношения). Это действительно является одной из характерных черт российского законодательства имперского периода, в силу которой учитывались региональные и местные особенности гражданско-правового оборота. Начиная с Устава об управлении инородцев 1822 г. М.М. Сперанского, и процессов реализации его норм (например в условиях Восточной Сибири) возможно утверждать об истинности позиции Г.Ф. Шершеневича в этом вопросе (Арзуманов, 2013; Арзуманов, 2014). Действительно, нормы обычного права являются частью системы права, и их знание было обязательным условием для судебной правоприменительной практики. Как следствие, Г.Ф. Шершеневич утверждает положение о том, что знание норм права лежит на обязанности суда, который не только обязывается их применять, но и в случае незнания норм обычного права, обязан применить все меры к их уяснению (Шершеневич, 1994, с. 45).

Вопрос о роли судов в санкционировании социальных норм в нормы позитивного права до сих пор остается дискуссионным, поскольку природа государственного санкционирования (в данном случае через деятельность судов) не решается однозначно. Но что касается законодательных положений имперского периода и его норм, отражающих необходимость данной процедуры со стороны судов, то это было реальностью, отражённой Г.Ф. Шершеневичем с позиций исторического и догматического подходов. Например, к средствам для нахождения судами материалов для уяснения тех или иных норм обычного права Г.Ф. Шершеневич относил не только судебную практику, но и удостоверения торговых „учреждений", опросы местного населения, но и научные изыскания (историко-этнографического порядка). Не случайно именно на период второй половины XIX в. (крестьянская и судебная реформы 60 гг.) пришелся расцвет историко-правовых исследований обычаев народов России. Они были обусловлены и активизацией процессов включения широких народных масс в общероссийский торгово-промышленный рынок, экономический оборот, их активным вхождением в сферу гражданско-правовых отношений.

Вопрос об источниках торгового права Г.Ф. Шершеневичем непосредственно увязывается с вопросами об источниках (формах внешнего

выражения права). В первую очередь, в силу того, что они имеют статус обязательных средств, посредством которых происходит ознакомление с содержанием норм действующего права (Шершеневич, 1995, с. 61). К таковым в сфере гражданского права ученый относит обычное право и закон. При этом, как это уже было отмечено в отношении торгового права, обычное право определяется вторичным по отношению к нормам закона, частью которого оно является. В свете учения Г.Ф. Шершеевича о природе источников гражданского права, „заведенный порядок" необходимо рассматривать в качестве восполнения обычной картины отношений. На ее базе выводится субъективное право участника правоотношений в каждом конкретном случае, не определяя их до конца, а исходя из возможного в данном случае предположения (Шершеневич, 1908, с. 64).

V. Теория Г.Ф. Шершеневича о юридических отношениях в гражданском праве

Одним из весомых вкладов Г.Ф. Шершеневича является разработанная им в рамках системы гражданского права учение о юридических отношениях. Выстроенное с позиций позитивизма, оно являлось базовым при рассмотрении его структуры не только в советский период становления российской юриспруденции, но и на ее современном этапе. В применении к торговому праву юридическое отношение представляет собой конструкцию, основанную на юридическом факте соответствия прав и обязанностей, устанавливаемых между лицами (Шершеневич, 1995, с. 97).

Основными элементами конструкции юридического отношения Г.Ф. Шершеневич выделяет субъект, объект, право и обязанность. Вопрос о субъектах юридических отношений является одним из самых интересных из всех выстраиваемых Г.Ф. Шершеневичем конструкций. Данный элемент юридических отношений дифференцируется ученым исходя из наличия двух лиц, определяемых в качестве „активного и пассивного" „субъектов". Активный субъект – это лицо, которому принадлежит право.

По числу субъектов Г.Ф. Шершеневич различает между собою абсолютные и относительные права. С абсолютными правами связаны обязанности всех лиц имеющих отношение к политической власти (юридичексую связь с государством) и охрана этих права от каждого „забывшего" об имеющихся к этим правам обязательственных отношений (Шершеневич, 1995, с. 99).

К таковым абсолютным правам Г.Ф. Шершеневич относит не только вещные права и права личной власти (мужа, родителей, опекунов), но и исключительные права. К последним кроме художественного, музыкального, фирменного и пр., относится авторское право.

Актуальность положений об авторском праве, выработанных Г.Ф. Шершеневичем и на современном этапе безусловна. Конструкции исключительных прав рассматриваются с позиций их экономического значения, юридической природы и истории возникновения.

Обоснование экономического значения весьма примечательно. Во-первых, исключительность прав того или иного лица отмечается с позиций выгодности положения данного лица в процессе приобретения благ от продукта творческого труда (без учета их народно-хозяйственного увеличения). Это обеспечивается запрещением нормами закона и силами, поддерживающими правопорядок, пользоваться благами, проистекающими от этих прав всем, кроме конкретного лица (создавшего данные блага). Таковыми исключительными правам, по мнению Г.Ф. Шершенвича, должны пользоваться люди творческого труда – художники, композиторы, литераторы и пр.

Во-вторых, примечательность данной конструкции, согласно Г.Ф. Шершеневича, обусловлена тем, что продукты духовной деятельности не могут оцениваться с тех же самых позиций, что и продукты производителей хозяйственных благ. В силу этого, во избежание лишения заслуженного вознаграждения самих авторов вследствие бесконтрольного продуцирования данных результатов духовного творчества всеми, кто не имел к нему непосредственного, авторского отношения, должно всячески обществом пресекаться. Общественная ценность продуктов их творческой деятельности, при осознании обществом данного факта, должна защищаться средствами закона и охраны правопорядка. В силу того, что творчество художника изначально детерминировано не помыслами о материальном эквиваленте его результатов, тем не менее, оно „нуждается для своего проявления в материальном обеспечении", гарантировать которое должно само общество (Шершеневич, 1995, с. 430).

Значение трудов Г.Ф. Шершеневича как ученого-цивилиста непреходяще как с точки зрения историко- и теоретико-правовой, так и с учетом перспектив развития институтов гражданского права в современной России.

Биографическая аннотация:
доктор культурологии, профессор кафедры теории и истории государства и права Юридического Института Иркутского Государственного Университета.

Литература

Арзуманов, И. (2014). Специфика государственного регулирования этноконфессиональной сферы Восточной Сибири имперского периода. Ламаизм. Часть 2. *Сибирский юридический вестник*, (1), 3–10.

Арзуманов, И. (2013). Специфика государственного регулирования этноконфессиональной сферы Восточной Сибири имперского периода. Ламаизм. Часть 1. *Сибирский юридичический вестник*, (4), 3–11.

Богданов, Е. (2000). Соотношение частного и публичного в гражданском законодательстве. *Российская юстиция*, (4), 37–39.

Желдыбина, Т. (2007). Проблемы кодификации права в учении Г.Ф. Шершеневича. *Правоведение*, (4), 154–160, 175, 159.

Желдыбина, Т. (2007a). *Государственно-правовые взгляды Г.Ф. Шершеневича*. Саратов.

Сенякин, И.Н. (1993). *Специализация и унификация Российского законодательства. Проблемы теории и практики*. Саратов.

Шершеневич, Г. (1995). *Учебник русского гражданского права (по изданию 1907 г.)*. Москва: Спарк.

Шершеневич, Г. (1994). *Учебник торгового права (по изданию 1914 г)*. Москва: Спарк.

Шершеневич, Г. (1911–1912). *Общая теория права*. 4 вып. Москва: Спарк.

Шершеневич, Г. (1910). *Общая теория права. Т. 1–2*. Москва: издание Бр. Башмаковых.

Шершеневич, Г. (1908). *Общее учение о праве и государстве*. Москва: Статут.

G.F. Szerszeniewicz – polski szlachcic na rosyjskich uniwersytetach

Streszczenie

W artykule przedstawiono biografię G.F. Szerszeniewicza oraz historiografię jego pracy naukowej. Szczególną uwagę poświęcono systemowi ogólnej teorii i filozofii prawa Szerszeniewicza, a także wpływowi tego systemu na teorię i metodologię prawa prywatnego. W tym ujęciu przeanalizowano problematykę dualizmu i konstrukcji stosunków prawnych w prawie cywilnym.

Słowa kluczowe: teoria prawa, filozofia prawa, dualizm, stosunki prawne, metodologia.

Евгений Владимирович Васьковский – от Императорского Новороссийского университета до Вильнюсского университета[1]

Eugeniusz Władimirowicz Waśkowski – od Imperatorskiego Noworosyjskiego Uniwersytetu po Uniwersytet Wileński

ДАРЬЯ БУЛАНОВА

Резюме

Статья посвящена биографии выдающегося ученого-юриста Васьковского Евгения Владимировича. Акцент в статье сделан в основном на происхождение, жизнь и научный путь Васьковского. Рассматриваются главнейшие этапы его деятельности так в Казанском, в Императорском новороссийском так и в Вильнюсском университетах. Внимание уделяется также его профессиональной и педагогической деятельности в Санкт-Петербурге и Праге.

Ключевые слова: гражданское право, гражданский процесс, адвокатура, университет.

---

[1] В Польше, изучением особы Евгения Васковского занялся (в относительно короткой, но очень эрудированной разработке) А. Редзик. См. Redzik A. (2012). Eugeniusz Waśkowski (1866–1942). W siedemdziesięciolecie śmierci wybitego uczonego i adwokata. *Palestra*, 9–10, 255–267.

Начало научного пути

Евгений Владимирович Васьковский родился 21 февраля 1866 года в старинном бессарабском городе Аккерман (в переводе на русский язык название *Аккерман* означает *Белый город,* ныне г. Белгород-Днестровский Одесской области) в дворянской семье. Его отец – обедневший польский дворянин-католик Владимир Николаевич Васьковский был присяжным поверенным при Кишиневском окружном суде и дослужился до чина титулярного советника. Профессиональная деятельность отца повлияла на выбор учебного заведения и научной карьеры Евгения Владимировича – именно отцу посвящен написанный им учебник по гражданскому процессу. Публикуя в 1913 году первый том своего *Курса гражданского процесса*, Е.В. Васьковский написал к нему следующее посвящение: „Дорогому отцу к сорокалетию адвокатской деятельности". Его мать – Мальвина – происходила из польского дворянского рода Чеховских.

Первоначальное образование Евгений Васьковский получил в Первой одесской казенной гимназии, которую окончил в 1884 году с золотой медалью. В том же году он поступил на юридический факультет Императорского Новороссийского университета, который окончил в 1888 г. с дипломом I степени, т.е. с отличием. По завершении университетского курса обучения Е.В. Васьковский в течение десяти лет – до 1897 года – работал в качестве присяжного поверенного по гражданским делам. Причин, по которым молодой юрист, имевший, как показывали уже первые его научные публикации, несомненный талант, выбрал себе адвокатское поприще, было несколько. Во-первых, заняться после окончания университета практической юридической деятельностью его заставила материальная нужда – невозможность его родителей обеспечить сына средствами для продолжения учебы. Во-вторых, вполне вероятно, что, работая адвокатом, Е.В. Васьковский желал приобрести необходимый для занятия наукой гражданского права практический опыт. Ученый считал, что теоретическое исследование может быть весомым с экономической, социально-политической и правовой позиции только тогда, когда оно будет постоянно подкрепляться материалами практики. В последующем приобретенные в процессе адвокатской деятельности знания станут основой для написания многих его научных трудов. В.А. Белов высказал предположение о том, что мотивом для занятия адвокатской деятельностью стал также высочайший авторитет одесской адвокатуры, которую на тот момент возглавлял А.А. Башмаков.

Практическая работа избавила молодого юриста от иллюзий. В своей работе *Организация адвокатуры* Е.В. Васьковский с горечью писал о том, что русский адвокат по роду своих занятий не является правозащитником, а скорее исполняет роль ходатая по делам своих клиентов. В своей брошюре, изданной в 1893 г. в Одессе и посвященной судьбе русской адвокатуры, Е.В. Васьковский отмечал, что адвокаты в России не имеют перспективы, которая бы поощряла их к честному исполнению своих обязанностей. „Вследствие этого, – продолжал он свою мысль, единственным стимулом, побуждающим наших адвокатов к деятельности, служит желание разбогатеть; единственной наградой за старательное исполнение профессиональных обязанностей является крупный заработок, единственная цель, к которой они могут стремиться, заключается в материальной выгоде".

Первые научные работы

Первая научная работа Е.В. Васьковского – брошюра, написанная в соавторстве с однокурсником А.А. Бугаевским, – называлась в этом плане весьма примечательно: *Типичные гражданские дела.* Практическую направленность имела и первая из самых крупных его работ – изданная в двух частях в 1893 году в Санкт-Петербурге книга *Организация адвокатуры*. На это указывает уже само ее название. В данной работе Евгений Владимирович проанализировал современное ему состояние русской адвокатуры, сложившееся к началу 90-х годов XIX века, и высказал ряд практических рекомендаций по исправлению замеченных им в ее организации и деятельности пороков. Так, он заявил здесь, что характерное для присяжных поверенных в России совмещение правозаступничества с судебным представительством ведет к опошлению адвокатской профессии.

После того как книга *Организация адвокатуры* вышла в свет, Е.В. Васьковский обратился в Совет юридического факультета Императорского Санкт-Петербургского университета с прошением о допуске его к защите этого сочинения в качестве диссертации на степень магистра гражданского права. Однако Совет не мог удовлетворить этой просьбы: обратившийся с ней молодой правовед, кроме представленной книги, никаких научных работ не имел, да и стажировки в заграничных университетах, необходимой для соискателя магистерской степени, не проходил. Юридический же факультет Санкт-Петербургского университета не имел возможности послать Е.В. Васьковского в научную командировку за границу.

В результате Евгений Владимирович принял решение попытать счастья на юридическом факультете Императорского Казанского университета. Здесь ему удалось заручиться поддержкой со стороны молодого, но уже авторитетного преподавателя Г.Ф. Шершеневича. Габриэль Феликсович помог одесскому адвокату добиться допуска к магистерскому экзамену и получить после успешной экзаменовки научную командировку в Западную Европу.

В течение целого года, с лета 1894 и до лета 1895 года, Васьковский слушал лекции по философии и юриспруденции ведущих европейских правоведов в университетах Германии и Франции, работал в библиотеках, занимался переводами иностранных сочинений на русский язык. Позднее он вспоминал, что особо ценными оказались для него на Западе не университетские лекции, а библиотеки, в которых он мог ознакомиться с юридической литературой, отсутствовавшей в российских книгохранилищах.

В 1894 году Е.В. Васьковский опубликовал первый выпуск *Учебника гражданского права*, посвященный общей части данной науки. Спустя два года, в 1896 году, в Санкт-Петербурге был издан второй выпуск названного учебника, в котором рассматривались институты вещного права. Сам Евгений Владимирович характеризовал эту свою работу как „учебник, заключающий в себе сжатый очерк теории гражданского права с беглыми указаниями на иностранные кодексы и литературу и более подробное изложение действующего русского законодательства в связи с толкованиями отечественных юристов и кассационной практикой".

Г.Ф. Шершеневич высоко оценил данное произведение в своем *Учебнике гражданского права* при рассмотрении литературы по данной науке. Отметив, что учебник Васьковского может служить „лучшим пособием" с педагогической стороны и выразив сожаление в том, что это сочинение не окончено, он заявил далее, что изложение в нем „отличается поразительною легкостью: простым и живым языком автор излагает самые трудные вопросы гражданского права, значительно облегчая тем изучающим и без того трудную задачу усвоения предмета" .

Положительную рецензию в *Журнале Санкт-Петербургского Юридического общества* на первый выпуск *Учебника гражданского права* Е.В. Васьковского дал адвокат и правовед-цивилист А.А. Башмаков, лично знавший автора и его отца по работе в одесской адвокатуре. „Ясность и сжатость, правильная постановка вопросов, умение отделять существенное от второстепенного и спорного, достаточная эрудиция и богатство намеков на дальнейшие нити исследования предмета – таковы

главные качества этой книги [...] Книга г. Васьковского является ценным приобретением для нашей литературы" – говорилось в его рецензии (Башмаков, 1895, с. 38).

В течение 1894–1896 годов Е.В. Васьковский опубликовал серию статей по вопросам гражданского права и гражданского судопроизводства в *Журнале Санкт-Петербургского Юридического общества* и *Журнале Министерства юстиции*.

В 1895 году в Санкт-Петербурге вышла в свет книга Е.В. Васьковский *Основные вопросы адвокатской этики*. В ней рассматривались принципы адвокатской этики при выборе дел, защите по назначению, в процессе ведения дел, в сфере профессиональных отношений и в частной жизни. Объясняя в предисловии к данной книге мотивы, побудившие его обратиться к теме адвокатской этики, Васьковский писал: „Без преувеличения можно сказать, что ни одна профессия не представляет для нравственности занимающихся ею лиц таких соблазнов, как адвокатура. Это зависит от многих причин. Прежде всего, адвокат, по самому характеру своей деятельности обязан вращаться в сфере, которая изобилует подводными камнями, совершенно неизвестными представителям других либеральных профессий" (Васьковский, 1895, с. 20).

Книги и журнальные статьи молодого одесского адвоката показали его способности к научной деятельности. Е.В. Васьковский был допущен к защите магистерской диссертации на тему *Организация адвокатуры*. В 1897 г. при поддержке Г.Ф. Шершеневича Евгений Владимирович защитил магистерскую диссертацию в Казанском университете (в ряде биографических статей об ученом неправильно указаны как место защиты Петербургский и даже Новороссийский университеты).

Работа в университете и новые научные работы

В 1897 году Васьковский был принят на должность приват-доцента по кафедре гражданского права и гражданского судопроизводства в Императорский Новороссийский университет. Должность приват-доцента, согласно Университетскому уставу 1884 г., не была штатной. Она рассматривалась как исключительно подготовительная перед получением должности профессора. Эта должность оплачивалась государством из особых средств министра просвещения, но только в зависимости от количества реально проведенных занятий и количества студентов, которые посещали эти занятия. Иногда приват-доцент

реальной педагогической нагрузки не имел вовсе. Именно такая ситуация сложилась и у Е.В. Васьковского – чтение лекций ему не поручили. По какой причине начало его работы в университете сложилось столь неудачно – трудно сказать. Возможно, виной тому был характер Евгения Владимировича Васьковского, за который его невзлюбили коллеги, но может быть, коллеги боялись конкуренции со стороны способного молодого правоведа. Как бы то ни было, в течение нескольких лет Васьковский только числился приват-доцентом юридического факультета Новороссийского университета и не вел никаких занятий. В 1903 году ординарный профессор Новороссийского университета по кафедре гражданского права А.И. Загоровский писал в отзыве на сочинения Е.В. Васьковского о том, что он не удостоился приглашения ни от одного из университетов. Он продолжал, правда, писать научные статьи, участвовал в обсуждении проекта нового российского гражданского уложения – в частности, книги об обязательствах и статей о найме прислуги.

В 1901 году Е.В. Васьковский защитил на юридическом факультете Императорского Казанского университета докторскую диссертацию. Ее тема была весьма необычной: *Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов*. В 1901 г. эта работа Е.В. Васьковского была издана в Одессе в виде отдельной книги. В 2002 г. она была переиздана АО „ЦентрЮрИнформ" с предисловием В.А. Белова, высоко оценивающего данный труд русского цивилиста прошлого.

Оценки этой работы Васьковского со стороны специалистов были неоднозначными. Г.Ф. Шершеневич в своей рецензии на книгу *Цивилистическая методология* положительно оценил ее пятую главу. „В этой главе автор дает впервые приложение начал логики к цивильной юриспруденции. Эта глава потребовала, по-видимому, громадного труда" – писал он. Высоко оценивал пятую главу *Цивилистической методологии* также цивилист К.Н. Анненков. „Этот отдел, – отмечал он в своей рецензии на указанный труд Е.В. Васьковского, – разработан с такою тщательностью и детальностью, которые не встречаются не только в работах наших ученых, но и иностранных". Понравилась Шершеневичу и четвертая глава работы Васьковского. „Особое внимание, как и следовало ожидать, обращает автор на так называемое им реальное толкование [...]. Здесь центр его работы и вполне естественно, здесь наибольшая его заслуга". Однако в целом рецензия Шершеневича на докторскую диссертацию Е.В. Васьковского была весьма критической. Так, относительно ее темы Шершеневич заявлял: „Диссертация г. Васьковского посвящена вопросу, который некогда обращал на себя большое внимание ученых юристов, но затем был оставлен в стороне за

полной его безнадежностью". По поводу задач, которые поставил перед своим исследованием Васьковский, Шершеневич писал, что в его диссертации „не совсем точная постановка задачи: не всегда можно с определенностью уяснить себе цель автора: предлагает ли он правила толкования и тогда его работа должна быть отнесена к политике, или же он наблюдает и изучает существующие приемы толкования, и тогда работа его относится к области чистой науки". По мнению Шершеневича, Васьковский, поставив своей задачей изучение вопроса о толковании и применении гражданских законов, не затронул вовсе последнего вопроса, а первый разрешает на основе такого материала, который „едва ли способен выдержать научную критику".

Еще более резко критиковал докторскую диссертацию Е.В. Васьковского и все другие его работы ординарный профессор гражданского права А.И. Загоровский. После того как Евгений Владимирович был удостоен степени доктора гражданского права, он обратился в Министерство народного просвещения с просьбой назначить его экстраординарным профессором в Новороссийский университет. Министерство, в свою очередь, направило прошение Васьковского в университет на заключение. Совет юридического факультета поручил А.И. Загоровскому сделать оценку сочинений Васьковского. Отзыв Загоровского оказался крайне отрицательным – в итоге Советом было принято решение отказать Васьковскому в его просьбе занять должность экстраординарного профессора на юридическом факультете. Уязвленный Васьковский в ответ на это опубликовал в редактируемой им одесской газете фельетон, направленный против факультета и рецензента своих сочинений. Почувствовав себя оскорбленным, профессор А.И. Загоровский издал в 1903 году свой отзыв отдельной книгой. „Что же в конечном результате дает докторская диссертация Васьковского" – вопрошал в нем Александр Иванович и отвечал: „Он обещал нам создать „рациональную теорию толкования законов" и показать применение ее на русских законах. Исполнил ли он обещание? Нисколько. Никакой теории читателю не представлено. Автор блуждает на пространстве 368 страниц своей книги, как Моисей в пустыне, но, не имея пред собою ни столпа облачного, ни столпа огненного, так и не достигает земли обетованной – разыскиваемой им теории. Перечитывая книгу г. Васьковского, видишь конспекты по логике, по грамматике, переписывание страниц из ученых книг, нередко с извращением смысла авторов, и в существе ни одной собственной дельной мысли, относящейся к предмету исследования". Конечный вывод Загоровского о работе Васьковского гласил: „Книгой своей он не только не создал ничего нового, но значительно затемнил и исказил старое, до него выяснен-

ное" . Е.В. Васьковскому ничего не оставалось делать, как опубликовать и свой ответ профессору А.И. Загоровскому в виде отдельной книжки.

Критика специалистами работ Васьковского, которая в ряде случаев была вполне обоснованной, но в чем-то и не являлась таковой, не оказала большого влияния на его судьбу. В 1904 году Евгений Владимирович был все же назначен Министерством народного просвещения на должность экстраординарного профессора по кафедре гражданского права и гражданского судопроизводства в Императорский Новороссийский университет.

В 1906 году Е.В. Васьковский занял должность ординарного профессора Новороссийского университета по кафедре гражданского права и гражданского процесса. После учреждения в октябре 1906 года Министерством народного просвещения должности проректора университета, на которую необходимо было избираться, Е.В. Васьковский был избран проректором Императорского Новороссийского университета по работе со студентами. Но занимал он эту должность недолго.

Революция 1905–1907 гг. и эмиграция в Европу

События Первой русской революции, одним из центров которой стала Одесса, непосредственно повлияли на судьбу Е.В. Васьковского в Новороссийском университете. На спаде революционных событий осенью 1906 г. и весной 1907 г. в аудиториях проходили студенческие собрания, на которых, в частности, решались вопросы об агитационно-пропагандистских акциях в процессе предстоящих выборов во II Государственную Думу. На одной из таких сходок в марте 1907 г. Е.В. Васьковский выступил с небольшой речью, призывая студентов-медиков прекратить бойкот лекций профессоров Левашова и Маньковского. Именно эти обстоятельства стали основанием для предъявления обвинений руководству Императорского Новороссийского университета (ректору и проректору по работе со студентами) в непринятии мер по пресечению политических акций в стенах университета (ч. 2 ст. 341 Уложения о наказаниях). В июне 1907 г. определением Правительствующего сената Е.В. Васьковский был временно отстранен от исполнения должности проректора. В феврале 1909 г. Е.В. Васьковский на основании решения Уголовного кассационного департамента Правительствующего сената был отстранен от должности проректора Новороссийского университета. Следует отметить, что студенчество и часть профессорско-преподавательского состава университета поддерживали

ученого. Студенчество выражало протест против судебного процесса над Е.В. Васьковским. Группа ученых, среди которых – М.М. Ковалевский, И.А. Покровский, Д.С. Зернов, М.И. Ростовцев, В.А. Стеклов, Д.Д. Гримм, И.В. Лучицкий, А.С. Лаппо-Данилевский и многие другие, обратилась к Е.В. Васьковскому со словами поддержки, что свидетельствовало о глубоком уважении к ученому и занятой им позиции. Для его защиты были привлечены депутаты Государственной Думы и лучшие адвокаты империи, в том числе О.Я. Пергамент, В.А. Маклаков и Е.Н. Трубецкой.

Отрешенный от преподавательской деятельности ученый продолжал работать над своими книгами. В 1913 году вышел в свет первый том его *Курса гражданского процесса* (второй том, к сожалению, так и не появился). Помимо этой книги в 1913 году вышло в свет написанное Е.В. Васьковским *Руководство к толкованию и применению законов для начинающих юристов*. Само название говорит о характере данной работы. Данная книга Е.В. Васьковского переиздана в 1997 г.

В 1914 году появилось первое издание главного труда Е.В. Васьковского – его *Учебник гражданского процесса*. Правовед А.А. Бугаевский в своей рецензии, опубликованной тогда же в журнале *Право*, признавав это произведение „самым полным из существующих учебников гражданского процесса", назвал его „образцовым учебником гражданского процесса и прекрасным пособием для начинающих юристов" .

В 1917 году вышло в свет второе его издание, дополненное и переработанное. Оно в значительной степени отличалось от первого издания. Автор усовершенствовал систему и стиль изложения материала учебника, учел в его содержании изменения, внесенные в русское законодательство в 1915–1916 годах, а также сенатскую практику. Некоторые разделы первоначального текста учебника подверглись серьезной переработке. Это относилось в первую очередь к первому отделу, посвященному судоустройству.

После Февральской революции министр народного просвещения А.А. Мануйлов восстановил Е.В. Васьковского в должности ординарного профессора на кафедре гражданского права и гражданского процесса. Большевики относились к ученому как к жертве царского режима, что позволило ему занимать должность декана юридического факультета до момента закрытия Новороссийского университета в 1920 г. Параллельно Е.В. Васьковский исполнял обязанности мирового судьи вплоть до ликвидации системы мировых судов.

Е.В. Васьковский не остался на родине после революционных бурь 1917 года и последовавшей за ними гражданской войны. Покинув Советскую Россию, он обосновался в Вильно. С 1921 года по 1935 год он

занимал должность штатного профессора Вильнюсского университета: до 1924 года – по кафедре гражданского права и судопроизводства, с 1924 года – по кафедре гражданского права. С 1936 года Евгений Владимирович преподавал в Вильнюсском университете в качестве внештатного профессора.

В 1927–1928 учебном году Васьковский читал лекции по гражданскому праву студентам Русского Юридического факультета в Праге. С 1928 года он регулярно заседал в Кодификационной комиссии Польской республики. В 1927 году Васьковский опубликовал на польском языке книгу *Признание сторон в гражданском процессе*, в 1932 году он выпустил на польском языке *Учебник гражданского процесса*, в котором рассмотрел также гражданско-процессуальное право, действовавшее в Польше. В 1936 году вышла в свет его книга *Сущность гражданского процесса*, в 1937 году – книга *Жалоба, иск и право судебной защиты*, в 1938 году – *Сущность процессуальных действий*.

В 1938 году Е.В. Васьковский был избран членом-корреспондентом Польской Академии Знаний, существовавшей с 1873 года в Кракове. Польская Академия Знаний возникла в 1873 г. на основе Краковского научного общества. До 1919 г. она именовалась Академией Знаний.

По сведениям, приведенным в двенадцатом томе *Большой всеобщей энциклопедии Государственного научного издательства*, Евгений Владимирович Васьковский скончался 29 мая 1942 года в Варшаве.

Биографическая аннотация:

студентка Юридического института Иркутского государственного университета.

Литература

Арсеньев, К., Петрушевский, Ф. (1904). *Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона*. Санкт-Петербург: АО „Ф.А. Брокгауз – И.А. Ефрон".

Башмаков, А.А. (1895). Васьковский Е.В. Учебник гражданского права. *Журнал Санкт-Петербургского Юридического общества*, (1).

Васьковский, Е.В. (1895). *Основные вопросы адвокатской этик*. Санкт-Петербург.

Корниенко, И. (2013). Выдающийся представитель одесской школы права Е.В. Васьковский: штрихи к биографии. *История государства и права,* (14), 14–18.

Половцев, А.А. (ред.) (1986). *Русский биографический словарь*. Санкт-Петербург: Типография И.Н. Скороходова.

Томсинов, В. (2007). *Евгений Владимирович Васьковский (1866–1942). Российские правоведы XVIII-XX веков: Очерки жизни и творчества.* Москва: Зерцало.

Томсинов, В. (2003). *Евгений Владимирович Васьковский (1866 – после 1928 г.): биографический очерк*. Москва: Зерцало.

Улетова, Г. (2005). *Профессор Е.В. Васьковский и его творчество. Гражданский процесс: наука и преподавание*. Москва: Городец.

Eugeniusz Władimirowicz Waśkowski – od Imperatorskiego Noworosyjskiego Uniwersytetu po Uniwersytet Wileński

Streszczenie

Artykuł poświęcono biografii wybitnego uczonego-prawnika Eugeniusza Waśkowskiego. Akcent położono w głównej mierze na pochodzenie, życie oraz drogę naukową Waśkowskiego. Prześledzono ważniejsze okresy działalności uczonego na uniwersytetach kazańskim, noworosyjskim oraz wileńskim. Zwrócono również uwagę na jego działalność zawodową oraz pedagogiczną w Sankt Petersburgu i Pradze.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, proces cywilny, adwokatura, uniwersytet.

Научный вклад в российскую цивилистику Васьковского Е.В.

Wkład naukowy E.W. Waśkowskiego w rosyjską cywilistykę

ГАЛИНА СЕРЁДКИНА

Резюме

Статья посвящена научной деятельности ученого-юриста Васьковского Евгения Владимировича. Актуальность данной статьи не вызывает сомнения, поскольку и сейчас теории, выдвинутые Е.В. Васьковским в различных спектрах Российского гражданского права, а также гражданского процесса, не теряют своей актуальности. Более того, находят свое отражение в трудах современных правоведов. Поэтому, несомненно, можно сделать вывод о том, что Е.В. Васьковский являлся выдающимся ученым, цивилистом и юристом своего времени. Особое внимание в статье уделяется обзору основных работ автора, таких как *Организация адвокатуры*, *Цивилистическая методология: учение о толковании и применении гражданских законов*, *Учебник гражданского права* и другие. Неотъемлемой частью представленной работы является освещение основных идей и теорий Е.В. Васьковского, их анализ и сравнение с теориями современных ученых-юристов.

Ключевые слова: гражданское право, гражданский процесс, адвокатская этика, овеществленные права, корпорация.

Введение

Е.В. Васьковский – популярный юрист начала XX века. В его трудах рассматривались вопросы из различных областей юридической науки. Он написал учебники по гражданскому праву, гражданскому процессу,

по морскому торговому праву, работы по организации и перспективам развития русской адвокатуры, руководство по юридической этике, юридической технике и толкованию права. Он был известен также как редактор переводов немецкого издания по „теории владения" Рудольфа фон Иеринга и издания по французской философии первой половины XIX века. Творчество, педагогическая деятельность и юридическая практика Е.В. Васьковского до сих пор недостаточно изучены. Посвященные ему статьи российских ученых В.А. Томсинова, Г.Д. Улетовой, украинских исследователей А.В. Гетманцева, И.С. Канзафаровой, Я.Н. Шевченко, Ю.С. Шемшученко дают представление об основных вехах его биографии, но вместе с тем не исчерпывают данную проблематику. Существует ряд неточностей и слабоисследованных аспектов его научной и педагогической биографии.

Книги Е.В. Васьковского переиздаются до сих пор. Особенно известен учебник гражданского процесса. Это была в своем роде первая книга, полностью и на должном научном уровне освещающая гражданское процессуальное право, его базовые принципы и нормы, взаимосвязь с гражданским правом. Высокий уровень издания сразу же был признан современниками. Процессуалист А.А. Бугаевский признал учебник Е.В. Васьковского „самым полным из существующих учебников гражданского процесса", назвал его „образцовым учебником гражданского процесса и прекрасным пособием для начинающих юристов". Аналогично о нём отзывался и Т.М. Яблочков.

Е.В. Васьковский способствовал развитию законодательства, регулирующего гражданское судопроизводство в Республике Польша, а также науки гражданского процесса. Написал руководства по польскому гражданскому процессу (польск. *Podręcznik procesu cywilnego*, 1932; *System procesu cywilnego*, 1932), публиковался в *Варшавской судебной газете* (польск. *Gazeta Sądowa Warszawska*).

В качестве первой работы Е.В. Васьковского, написанной в соавторстве с А.А. Бугаевским, была брошюра *Типичные гражданские дела*. Брошюра была издана в 1893 г. в Одессе и посвящена судьбе русской адвокатуры. В данной работе Е.В. Васьковский отмечал, что адвокаты в России не имеют перспективы, которая бы поощряла их к честному исполнению своих обязанностей. „Вследствие этого – продолжал он свою мысль – единственным стимулом, побуждающим наших адвокатов к деятельности, служит желание разбогатеть; единственной наградой за старательное исполнение профессиональных обязанностей является крупный заработок, единственная цель, к которой они могут стремиться, заключается в материальной выгоде".

Рекомендации по адвокатской практике

Нельзя упустить из виду такой выдающийся труд Е.В. Васьковского как книгу *Организация адвокатуры*, изданную в двух томах в 1893 г. в Санкт-Петербурге. Она стала „первенцем" среди крупных работ автора. Работа имела безусловно практическую направленность, на что указывает уже само ее название. В данной книге Е.В. Васьковский проанализировал современное ему состояние русской адвокатуры, сложившееся к началу 90-х годов XIX в., и высказал ряд практических рекомендаций по исправлению замеченных им в ее организации и деятельности пороков. Так, он заявил здесь, что характерное для присяжных поверенных в России совмещение правозаступничества с судебным представительством ведет к опошлению адвокатской профессии. Также в книге проводится анализ адвокатур стран Западной Европы в ретроспективе, что позволяет представить полную картину развития и становления адвокатуры, как системы, имеющей особенные фундаментальные принципы организации своей деятельности. В качестве таких принципов Е.В. Васьковский называет отделение правозаступничества от судебного представительства, абсолютная свобода профессии и относительная безвозмездность.

Формирование и историческое развитие профессиональных этических правил адвокатской деятельности имеет большое значение в понимании критериев требований к современной деятельности адвоката. Важно знать, что явилось фундаментом для создания современного Кодекса профессиональной этики адвоката, кто и по каким принципам оценивал и оценивает профессиональную деятельность адвоката. Е.В. Васьковский в своем труде *Основы адвокатской этики* показал все стороны деятельности адвоката, обозначил основные принципы адвокатской деятельности, которые по мнению Е.В. Васьковского являются основой для любого адвоката.

По окончании университета и вплоть до 1897 г. Е.В. Васьковский работал как адвокат. Причин, по которым молодой юрист, имевший, как показывали уже первые его научные публикации, несомненный талант, выбрал себе адвокатское поприще, было несколько. Во-первых, заняться после окончания университета практической юридической деятельностью его заставила материальная нужда – невозможность его родителей обеспечить сына средствами для продолжения учебы. Во-вторых, вполне вероятно, что, работая адвокатом, Е.В. Васьковский желал приобрести необходимый для занятия наукой гражданского права практический опыт. Ученый считал, что теоретическое исследование может быть весомым с экономической, социально-политической

и правовой позиции только тогда, когда оно будет постоянно подкрепляться материалами практики (Васьковский, 1913, с. 117). В последующем приобретенные в процессе адвокатской деятельности знания станут основой для написания многих его научных трудов. В.А. Белов высказал предположение о том, что мотивом для занятия адвокатской деятельностью стал также высочайший авторитет одесской адвокатуры, которую на тот момент возглавлял А.А. Башмаков (Белов, 2002, с. 16). Если это и правильное предположение, то практическая работа избавила молодого юриста от иллюзий. В своей работе *Организация адвокатуры* Е.В. Васьковский с горечью писал о том, что русский адвокат по роду своих занятий не является правозащитником, а скорее исполняет роль ходатая по делам своих клиентов.

Указанный труд (*Организация адвокатуры*) Е.В. Васьковский написал, осуществляя практическую деятельность. На ее основании Е.В. Васьковский претендовал на магистерскую степень, но ее получение стало для него непростой задачей, чему были как субъективные, так и объективные причины. В конце XIX в. порядок присвоения ученых степеней стал предметом серьезной дискуссии среди юридической элиты страны. Много писали об этом Г.Ф. Шершеневич, В.И. Сергеевич, А.И. Введенский (Бакланов, 2008, с. 178). Сложность системы присвоения ученых степеней была очевидной и напрямую повлияла на научную карьеру Е.В. Васьковского. Представленную им в 1893 г. диссертационную работу отказались рассматривать в Петербургском университете по формальным основаниям: отсутствие обязательной для получения степени заграничной стажировки и отсутствие иных, кроме представленной монографии *Организация адвокатуры*, ученых трудов (Белов, 2002, с. 17–18). Субъективные причины состояли в неприязненном отношении к молодому ученому со стороны преподавательского состава юридического факультета Новороссийского университета. Об этом спустя много лет, в процессе рассмотрения дела о беспорядках в университете, вспоминали профессора факультета, не без злорадства указывая, что правильно отказывали Е.В. Васьковскому в приеме на работу.

Стоит учесть тот момент, что Е.В. Васьковского относят к дореволюционным либералам, но несмотря на это он выражал мысль о том, что „адвокат – уполномоченный общества, обязанный блюсти общественный интерес". Эта теория подверглась активному обсуждению и уже в сталинские времена, в 1927 году эту позицию подверг справедливой критике профессор Полянский, выразив коротко и ясно – „цель защиты и есть защита". Аналогичные дискуссии велись и на Западе.

Одной из центральных идей, заложенных в *Основные вопросы адвокатской этики* стало следующее: „Тайное судопроизводство, связанное

обыкновенно с письменностью – писал Е.В. Васьковский – сводит роль адвоката к сочинительству судебных бумаг и дает ему возможность легко запутывать и затягивать дела с помощью различных недомолвок, кляузных уверток, обнаружение которых весьма затруднительно вследствие покрывающей их процессуальной тайны". Эта позиция связана с тем, что при инквизиционном процессе господствовали канцелярская тайна и письменность. В этих условиях в обществе возникала необходимость в различного рода ходатаях, пособниках, стряпчих, наймитах, характеризующихся крайне низким уровнем морали, поскольку основной целью их деятельности стала возможность повлиять на положительное решение спора своими связями, знакомствами, использованием места службы, посулами, взятками. Васьковский высказал теорию о том, что „на обязанность адвоката не может быть возложено разыскание нравственной чистоты дела".

В настоящее время выпущена книга, которая заключает в себе переиздание докторской диссертации этого великого русского цивилиста и выдающегося адвоката *Цивилистическая методология: Учение о толковании и применении гражданских законов*. Многие юристы отмечают, что данное произведение является лучшей работой в сфере теории и практики толкования законодательных норм, изучение и практическое применение которой поможет привить все знания и навыки в этой области, столь необходимые современным российским юристам. Книга предназначена быть повседневным руководством практикующим юристам, судьям, работникам правоохранительных органов и органов исполнительной власти, сталкивающимся с необходимостью применения законодательства, а также для студентов, аспирантов, ученых, преподавателей и всех, интересующихся юридической герменевтикой.

Идеи по вопросом гражданского права

Стоить отметить, что Е.В. Васьковский уделял достаточное внимание вопросам гражданского права конца XIX века. Анализируя труд автора *Учебник гражданского права*, можно подвести итог взглядам Е.В. Васьковского на систему гражданского права, необходимо отметить, что наряду с традиционным включением в нее семейного права, нашли свое отражение в ней новеллы чрезвычайно крупного характера, происшедшие в конце XIX века в сфере правового регулирования интеллектуального творчества. Для сравнения следует отметить, что ни в учебнике Д.И. Мейера, ни в курсе гражданского права К.П. Победоносцева исключительные права вообще не подвергаются анализу.

Зато в работах Г.Ф. Шершеневича конца XIX- начала XX века представлена совершенно иная картина. В *Курсе гражданского права* Г.Ф. Шершеневич подробно анализирует институт исключительных прав, выделяя общие положения о них, а также авторские и промышленные права. Такой раздел должен был содержаться и в *Учебнике гражданского права* Е.В. Васьковского, однако, к сожалению, исключительные права остались не рассмотрены им из-за незавершенности этого интереснейшего труда. Не смотря на вышеперечисленные факты, Г.Ф. Шершеневич высоко оценил данное произведение Е.В. Васьковского в своем *Учебнике гражданского права* при рассмотрении литературы по данной науке. Выразив сожаление в том, что сочинение Васьковского не окончено, он отметил далее, что изложение в нем „отличается поразительною легкостью: простым и живым языком автор излагает самые сложные вопросы гражданского права, значительно облегчая тем изучающему и без того трудную задачу усвоения предмета".

Еще одним весьма важным выводом относительно взглядов на систему гражданского права Е.В. Васьковского является то, что ни до него, ни в последующих трудах виднейших российских цивилистов не встречается выделение специального раздела „овеществленные права", отражающего весьма оригинальный подход автора к ценным бумагам на предъявителя.

Основную часть общих положений о гражданском праве составляет подробный анализ составных частей гражданского права в субъективном смысле. В соответствии с этим общая часть гражданского права распадается на три раздела, а именно: учение о субъекте права, учение об объекте, учение о юридических отношениях.

Е.В. Васьковский приступает к рассмотрению понятия и сущности субъекта права с определения категории лица. Лицом или субъектом права считается каждый, за кем объективные нормы признают способность обладать правами, т.е. правоспособность, а также способность лично приобретать и осуществлять их, т.е. дееспособность. При этом автор справедливо подчеркивает, что понятие „лицо" тем не менее не совпадает с понятием „человек". Жизненные потребности побудили юриспруденцию распространить понятие лица за пределы индивидуальной человеческой личности и создать целый ряд искусственных субъектов права, носящих название юридических лиц (корпорации и учреждения), в отличие от физических лиц (людей).

Поскольку правоспособность физического лица возникает в момент его рождения и прекращается в момент смерти, Е.В. Васьковский уделяет большое внимание некоторым важным особенностям защиты прав еще не родившегося ребенка и показывает, что в русском

гражданском праве находит воплощение общепринятый для мирового сообщества частноправовой принцип „имеющий родиться считается уже родившимся, поскольку дело идет об его выгодах". Установление момента прекращения правоспособности в случае совместной смерти нескольких лиц от одного и того же несчастного случая может вызывать серьезные трудности, поэтому здесь возможны два варианта решения. Если невозможно доказать, кто умер раньше, то следует либо признать, что все погибли одновременно, в один и тот же момент, либо считать умершими позже тех, которые по своим физическим качествам представлялись более способными к жизни. Поскольку в русском гражданском праве не было ответа на данный вопрос, автор считает необходимым применение принципа признания одновременной гибели всех лиц от одного и того же несчастного случая.

Объясняя сущность юридического лица, Е.В. Васьковский подчеркивает, что это олицетворенное понятие, которое не существует как отдельная телесная вещь, однако юриспруденция прибегает к олицетворению и рассматривает союзы людей и учреждения как самостоятельные личности, принимающие участие в гражданском обороте. Такое объяснение сущности юридических лиц носит название теории олицетворения. Автор пишет: „Если выразить ее логический остов в виде силлогизма, то получится такая формула. Право есть мера власти, принадлежащей лицу. Следовательно, нет права без субъекта. Но практическая необходимость заставляет приписывать союзам и учреждениям права, отличные от прав их членов и управителей. Поэтому приходится прибегнуть к фикции и распространить понятие лица на корпорации и учреждения, которые таким образом олицетворяются и приобретают значение искусственных субъектов права" (Васьковский, 1913). Теория олицетворения со времен средневековья признавалась господствующей в юриспруденции, однако кроме нее существовал еще целый ряд других взглядов на сущность юридического лица. С наиболее важными и распространенными в русской и зарубежной литературе (теорией целевого имущества, теорией реальной личности, а также другими теориями) в кратком критическом очерке автор знакомит читателя, отстаивая правильность и неопровержимость теории фикции. Исходя из теории фикции юридического лица, Е.В. Васьковский считал, что для возникновения юридического лица необходимы два условия: во-первых, наличность материальной подкладки или субстрата (т.е. совокупности лиц или имущества), которые можно было бы олицетворить; во-вторых, постановление положительного права, объявляющее этот субстрат лицом. В связи с этим и его прекращение происходит в силу обстоятельств, влекущих

уничтожение его субстрата, истечение срока, на который оно было создано, достижение определенной цели, а также постановление закона.

По общему признанию, юридическими лицами могут выступать корпорации и учреждения. Однако в теории отдельные ученые относят к ним так называемое лежачее наследство, земельные участки, в пользу которых установлены сервитуты, государственную власть и государственные должности, ведомства и учреждения дворцовые, удельные и прочие, ценные бумаги на предъявителя, римский пекулий, конкурс, зачатых, но еще не родившихся младенцев, наконец, заповедные и майоратные имения, фабрики и заводы.

Анализ института корпораций дает основания для выделения таких их видов, как товарищества, общества с внешним (формальным, коллективным) единством и собственно корпорации. Товарищество представляет собой соединение двух или нескольких (обычно немногих) лиц, преследующих общими силами свой личный интерес (полные товарищества, отчасти товарищества на вере (коммандитные), а также рабочие ассоциации (артели)). Товарищи ведут дела по общему согласию и связываются круговой порукой; имущество товарищества считается их общей собственностью и по прекращении предприятия делится между ними пропорционально внесенным ими долям; со смертью одного из членов товарищество прекращается. Общество с внешним единством является более сложной формой союзов. Такие общества состоят из большого числа членов и отличаются от товарищества тем, что рассматриваются по отношению к посторонним лицам как единое целое и что имеют особый орган, избираемый общим собранием членов и считающийся представителем общества (акционерные компании, банки, клубы, литературные, научные и другие подобные общества). С внешней, формальной стороны все эти союзы рассматриваются как особые юридические единицы, однако внутренние отношения между членами остаются почти такими же, как и в товариществах: имущество, прибыль, долги, ответственность общества считаются общими для всех членов и падают на принадлежащие последним вклады. Корпорации представляют собой единое целое не только во внешних отношениях (к посторонним лицам), но и во внутренних (к своим членам), поскольку преследуют цели, выходящие за пределы личных интересов отдельных членов. Имущество такого союза считается принадлежащим не совокупности его членов, а этому воображаемому лицу, поэтому выбытие отдельных членов не будет оказывать никакого влияния на существование корпорации, воля союза будет выражаться в постановлениях не общего собрания членов, а особого органа, служащего представителем мыслимого лица, нако-

нец, имущество союза после прекращения деятельности последнего не разделится между членами, а станет выморочным и поступит в казну. Таким образом, из трех видов союзов только корпорации являются юридическими лицами. Что же касается товариществ и обществ с внешним единством, то они составляют особую группу юридических отношений (договор товарищества).

Е.В. Васьковский подчеркивает следующие важнейшие последствия, вытекающие из коренного различия между корпорациями и двумя другими видами союзов:

– во-первых, корпорация возникает только в силу закона, тогда как другие союзы могут возникнуть по договору. Точно так же организация корпораций определяется законом, а других союзов – договором между членами;
– во-вторых, имущество корпорации считается принадлежащим ей самой, а имущество других союзов признается общей собственностью их участников. В связи с этим прибыли и убытки в корпорации приходятся на ее имущество, не касаясь отдельных членов, а в других союзах распределяются между членами пропорционально их долям;
– в-третьих, существование корпорации (например, города) не может прекратиться по постановлению ее членов, а существование других союзов может;
– в-четвертых, имущество корпорации после ее прекращения не подлежит разделу между членами, так как они являются по отношению к нему посторонними лицами, а имущество других союзов должно делиться между участниками соразмерно их долям.

Характеризуя еще один общепризнанный вид юридических лиц – учреждение, Е.В. Васьковский подчеркивает, что от корпорации оно отличается своим субстратом или, другими словами, материальной подкладкой, служащей предметом олицетворения. Если в корпорациях олицетворяется союз, то в учреждениях – имущество.

Заключение

Изучая теории, выдвинутые Е.В. Васьковским в различных спектрах Российского гражданского права, а также гражданского процесса, стоит отметить, что многие из них и в настоящее время не теряют своей актуальности. Более того, находят свое отражение в трудах современных правоведов. Анализируя отзывы и рецензии ученых юристов в отношение работ Е.В. Васьковского и учитывая тот факт, что его

работы до сих пор актуальны для переиздания, уместно сделать вывод, что Е.В. Васьковский внес неоценимый научный вклад в развитие и становление российского гражданского права и гражданского процесса и, несомненно, являлся выдающимся цивилистом своего времени.

Биографическая аннотация:

студентка Юридического института Иркутского государственного университета.

Литература

Бакланов, В. (2008). *Государственно-правовое обеспечение подготовки юридических кадров в университетах Российской империи*. Нижний Новгород.

Белов, В. (2002). Выдающийся русский ученый-юрист. В: Е. Васьковский, *Цивилистическая методология. Учение о толковании и применении гражданских законов*. Москва.

Васьковский, Е. (1913). *Руководство к применению и толкованию законов: для начинающих юристов*. Москва.

Wkład naukowy E.W. Waśkowskiego w rosyjską cywilistykę

Streszczenie

Artykuł poświęcono działalności naukowej uczonego i prawnika Eugeniusza Władimirowicza Waśkowskiego. Aktualność problematyki nie budzi wątpliwości, gdyż teorie wysuwane przez E.W. Waśkowskiego w różnych obszarach materialnego i procesowego prawa cywilnego także współcześnie zachowują swoje walory. Ponieważ teorie te znajdują wyraz w najnowszych dziełach współczesnych prawników, zatem można uznać Waśkowskiego za wybitnego uczonego, reprezentanta rosyjskich nauk prawnych. W artykule szczególną uwagę poświęcono przeglądowi prac autora, m.in.: *Organizacyja adwokatury*, *Cywilisticzeskaja metodologija: uczenije o tołkowanji i primienienji graždanskich zakonow*, *Uczebnik graždanskogo prawa*. Integralną częścią prezentowanego tekstu jest wskazanie głównych idei i teorii E.W. Waśkowskiego, ich analiza, a także zestawienie ich z teoriami współczesnych uczonych.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, prawo procesowe, etyka adwokacka, prawa „urzeczowione", korporacja.

Ученый и власть. Жизнь и деятельность А.В. Венедиктова (1887–1959)

Uczony i władza. Życie i praca A.W. Wieniediktowa (1887–1959)

АНТОН ИВАНОВ

Резюме

Анатолий Васильевич Венедиктов родился и вырос в интеллигентной семье, учился в Петербурге – сначала на экономиста, а потом на юриста, стажировался за границей, рано начал педагогическую и научную деятельность и не бросил ее до конца своих дней. Ему удалось написать и подготовить множество фундаментальных трудов, а на закате дней пришло и общественное признание – премии, государственные награды, академическое звание. И все-таки советский строй не позволил таланту А.В. Венедиктова раскрыться в полной мере. Ученый в совершенстве владел экономическими и правовыми знаниями, причем в области не только цивилистики, но и административного, финансового права, общей теории права, знал иностранную доктрину, судебную практику, но идеологические путы коммунистического режима не позволяли ему говорить и писать то, что хотелось. Но если даже тогда талант А.В. Венедиктова смог раскрыться с такой силой и яркостью, то его без сомнения можно поставить на одно из первых мест в когорте выдающихся юристов XX столетия.

Ключевые слова: имущество, теория собственности, теория „коллектива", юридическая личность, предприятие, оперативное управление.

1. Введение

Анатолий Васильевич Венедиктов[1] родился 30 (18) июня 1887 г. в селе Зирган Стерлитамакского уезда Уфимской губернии в семье земского врача (Иоффе, Райхер и Толстой, 1968, с. 3–4)[2]. После получения среднего образования в 1905 г. А.В. Венедиктов приехал в Санкт-Петербург и поступил на экономический факультет Политехнического института имени Петра Великого (1906). После окончания института он прошел обучение на юридическом факультете Санкт-Петербургского университета (1910–1912). Так как университет не принял Венедиктова под свое крыло, его творческая деятельность на протяжении двух последующих десятилетий была связана с Политехническим институтом.

Уже в *1912 г.* им была представлена и успешно защищена кандидатская диссертация по экономике на тему „Слияние акционерных компаний". В ней А.В. Венедиктов на основе изучения процесса слияния нескольких московских банков проанализировал все экономические и правовые аспекты такого способа реорганизации юридических лиц, как слияние[3]. Большое внимание в работе он уделил правовым вопросам, в том числе иностранным законодательствам о слиянии. Научным руководителем А.В. Венедиктова стал профессор А.Г. Гусаков[4] – специалист по транспортному праву, который преподавал на кафедре торгового права Политехнического института, где вскоре начал работать и сам А.В. Венедиктов. Приблизительно в то время он начал и педагогическую деятельность, которую не прекращал вплоть до своей кончины, подготовив множество учеников.

В целях приготовления к профессорскому званию А.В. Венедиктов неоднократно направлялся на стажировку за границу, главным образом в Германию и Швейцарию (Берлин, Гейдельберг, Геттинген, Мюнхен и Лозанна). Там он прочно усвоил основы немецкой и французской цивилистической доктрины и широко использовал их в своей научной

---

[1] В дальнейшем во избежание повторов Анатолий Васильевич Венедиктов будет именоваться коротко – А.В. или просто Венедиктов, что конечно же не означает ни малейшего проявления неуважения к нему.

[2] Следует отметить, что фамилия его отца – не Венедиктов, а Полферов, но поскольку мать А.В. состояла в нерасторгнутом церковном браке с Венедиктовым, ее дети могли получить только эту фамилию (*Толстой*, 1999, с. 160–161).

[3] В дальнейшем эта диссертация была расширена и опубликована в виде отдельной книги (Венедиктов, 1914).

[4] Его известность сейчас практически сошла „на нет": об А.Г. Гусакове знают лишь немногочисленные специалисты по транспортному праву. Так что ученик по части славы явно превзошел своего учителя.

работе. Труды Венедиктова это богатейший справочный материал по германскому, французскому, английскому, американскому, итальянскому и римскому праву[5]. Показательно, что за развитием иностранной правовой доктрины Венедиктов следил до своего последнего дня (Иоффе, Райхер и Толстой, 1968, с. 8–9)[6].

После возвращения со стажировки А.В. Венедиктов вновь начал преподавание в Политехническом институте и других вузах Санкт-Петербурга. Однако начавшаяся вскоре первая мировая война резко изменила весь уклад жизни России. В этот период Венедиктов обратился к юридической публицистике и участвовал в подготовке *Технической энциклопедии*[7]. Вскоре после Октябрьского переворота А.В. Венедиктов был привлечен к работе на профессиональной основе в ВСНХ (Высший Совет Народного Хозяйства РСФСР), а затем в иных органах и учреждениях новой власти (Иоффе, Райхер и Толстой, 1968, с. 10–11). А.В. Венедиктов продолжал преподавать в Политехническом институте, где в 1922 г. получил профессорское звание и стал заведовать кафедрой гражданского права. Одновременно А.В. Венедиктов сотрудничал с Институтом экономических исследований Наркомфина СССР (1919–1927), что привлекло его внимание к проблемам финансового (Венедиктов, 1924; 1924а; 1924б), и прежде всего банковского (Венедиктов, 1925; 1926), законодательства[8].

2. Природа прав государственных предприятий на закрепленное за ними имущество

В 1928 г. вышла двумя изданиями монография *Правовая природа государственных предприятий* – посвященная государственным юридическим лицам. Основную смысловую нагрузку в книге несет глава,

---

[5] Разумеется, изучение зарубежных источников предполагало владение несколькими иностранными языками. А.В. Венедиктов прекрасно знал латынь, немецкий и французский, несколько хуже – английский, итальянский и древнегреческий.

[6] В частности, А.В. Венедиктовым был подготовлен обширный труд *Военно-хозяйственное законодательство капиталистических стран*, причем том I был посвящен военно-хозяйственному законодательству первой мировой войны, а том II – второй мировой войны.

[7] В частности, в 1924–1927 гг. он сотрудничал с такими изданиями, как Торгово-промышленный курьер и Хозяйство Северо-Западного края, в том числе готовил регулярные обзоры нового законодательства и рецензии на выходившие в тот период книги. Столь же часто А.В. Венедиктов участвовал в подготовке словарей и энциклопедий.

[8] В 1919–1925 гг. А.В. Венедиктов был председателем кодификационной комиссии по подготовке проектов различных финансовых уставов (налогового, валютного, денежного, кредитного).

в которой рассматриваются предложенные в цивилистической литературе 20-х гг. концепции, цель которых состоит в том, чтобы объяснить природу прав государственных предприятий на закрепленное за ними имущество. Этих концепций пять: 1) теория собственности предприятия как товарной формы собственности государства; 2) теория „доверенного управления (собственности)"; 3) теория „пользования"; 4) теория „разделенной собственности"; 5) теория „частной собственности". А.В. Венедиктов выступает в поддержку первой концепции. По его мнению, государственное предприятие (трест) – собственник имущества, закрепленного за ним государством. Но государство не утрачивает права собственности на имущество предприятия, поскольку последнее **и** есть само государство, вступившее на определенном участке в товарный (гражданский) оборот[9]. Иными словами, между государством и его предприятием поставлен знак равенства, но не везде **и** не всегда, а лишь там и тогда, когда государство при помощи закрепленного за предприятием имущества участвует в обороте.

Если предприятие – это само государство, пусть и „взятое в определенном аспекте", то реальность одного из них как субъекта гражданского права ставится под сомнение. Иначе и быть не может, ведь в силу законов логики (принцип тождества) один из названных субъектов – лишний. Между тем А.В. Венедиктов однозначно высказывается в пользу „реалистической" концепции юридического лица[10], продвигаясь дальше[11] и призывая за каждым юридическим лицом отыскивать свой людской субстрат[12]. А людской субстрат государственного предприятия представляет собой – как ни странно – государство[13]. Но государственных предприятий много, и предлагаемый субстрат критерием

---

[9] „Право собственности треста на предоставленное ему имущество есть лишь особая форма собственности государства, созданная в целях введения в товарный (гражданский) оборот определенного комплекса государственного имущества, – форма, применение которой ограничивается сферой товарного оборота" (Венедиктов, 1928, с. 71).

[10] „Правовые отношения всегда субъектные, всегда предполагают наличие субъектов права, общественно-производственные отношения которых опосредствуются как правовые. Субъектом же права может быть только человек или человеческий коллектив – индивидуальный или коллективный хозяйствующий субъект" (Венедиктов, 1928, с. 80).

[11] Дальше простого признания юридического лица некой „социальной реальностью".

[12] „За каждым субъектом права необходимо найти того индивидуального или коллективного хозяйствующего субъекта, того носителя интереса, который вступает в правоотношения как субъект права, – называется ли он лицом физическим или юридическим" (Венедиктов, 1928, с. 81).

[13] Государственные юридические лица „скрывают за собой одного и того же коллективно-хозяйствующего субъекта: государство как «организованный в качестве господствующего класса пролетариат»„ (Венедиктов, 1928, с. 84).

для их разграничения служить не может. Значит, юридическая личность предприятия ставится под сомнение, чего нельзя сказать о личности государства[14].

Реальность предприятия как субъекта права оказалась размытой еще сильнее вследствие трактовки его отношений с государством, предложенной А.В. Венедиктовым, который всячески подчеркивал, что предприятие не противостоит государству как собственник, поскольку выступает его частью, отношения которой с целым (т.е. с государством) выступают как организационно-технические, а не правовые (Венедиктов, 1928, с. 72, 80, 171–172). Венедиктов не рискнул признать эти отношения даже административно-правовыми. Однако и здесь он был непоследователен, поскольку заявил, что некоторые органы государства относятся к предприятию как к обычному участнику оборота, как к собственнику (Венедиктов, 1928, с. 79). Речь шла об органах, которым предприятие не было непосредственно подчинено.

Теория „собственности предприятия как товарной формы собственности государства" исходила из традиционного для западной цивилистики понятия казны (фиска) как единственного участника гражданско-правовых отношений, персонифицирующего государство. Просто на место казны в этой теории было поставлено само государство. Отдельные государственные органы при таком подходе прав юридического лица иметь не могли. Но действующее гражданское законодательство 20-х гг. признавало государственные предприятия юридическими лицами, и отбросить данный факт было нельзя. Тогда на помощь А.В. Венедиктову пришла фикция: тот, кто не должен быть собственником (предприятие), стал им, поскольку за его спиной оказался другой собственник (государство). В результате и единство казны сохранилось, и предприятие осталось юридическим лицом.

Правда, подобное „кровосмешение" повлекло за собой размывание признаков предприятия как юридического лица, прежде всего организационного единства и имущественной обособленности. Предприятие утратило свой людской субстрат и слилось с государством, поскольку перестало противостоять ему как субъект права. Одновременно у предприятия не возникло своего права на имущество, ибо последнее продолжало оставаться в собственности государства. В этом смысле раскритикованные Венедиктовым теории „доверенного управления", „разделенной собственности" и „пользования" выглядели предпочтительнее[15].

---

[14] Попробуй А.В. Венедиктов возразить против диктатуры пролетариата, он был бы немедленно „стерт в лагерную пыль".

[15] Не случайно в „перестроечные" годы (конец 80-х гг. XX в.) концепции разделенной и доверительной собственности получили широкое распространение, выступая

3. Природа права государственной собственности

В 1936 г. без защиты диссертации по совокупности работ А.В. Венедиктов был утвержден президиумом Академии наук СССР в ученой степени доктора юридических наук. Венедиктов пишет статью, в которой намечает основные контуры будущей концепции (Венедиктов, 1940, с. 24–51), детальная разработка которой оказалась приостановленной Великой Отечественной войной.

Научная деятельность стала доступна Венедиктову начиная с 1943 г., когда его пригласили во Всесоюзный институт юридических наук (ВИЮН), с которым он сотрудничал до 1946 г. Сразу после снятия блокады Ленинграда Венедиктов возвратился домой, где ему было поручено руководить воссоздаваемым юридическим факультетом Ленинградского государственного университета.

С этим факультетом связана и вся последующая научная и педагогическая деятельность А.В. Венедиктова: он занимал там должность декана юридического факультета (1944–1949), заведующего кафедрой гражданского права (1944–1954), профессора университета (1944–1959).

Юридический факультет многим обязан Венедиктову – ему удалось воссоздать творческую атмосферу, в которой стали формироваться научные школы, а когда началась „охота на ведьм" (борьба с космополитизмом и пресловутое „ленинградское" дело), ему удалось уберечь профессорско-преподавательский состав от прямых расправ, которым подверглись некоторые другие факультеты.

В послевоенные годы А.В. Венедиктов развернул бурную научную деятельность. После публикации ряда статей увидел свет самый главный труд его жизни – монография *Государственная социалистическая собственность* (1948). Российская цивилистика не знала и до сих пор не знает более масштабной работы, посвященной праву собственности. И хотя ряд ее положений касался социалистического хозяйства и сейчас устарел, основные идеи сохраняют актуальность. Среди них: общее понятие права собственности; анализ истории правового регулирования собственности, начиная с древнейших времен; природа права государственной собственности; идея оперативного управления и теория „коллектива".

в качестве обоснования идеи „самостоятельности" государственных предприятий как социалистических товаропроизводителей. Впрочем, ничего хорошего из этой „самостоятельности" не вышло, – и вскоре на смену ей пришла полноценная приватизация (Иванов и Медведев, 1990; 1991).

И так, – общее определение права собственности, данное А.В. Венедиктовым, было, по сути, набором условных понятий[16], каждому из которых было придано особое, отличное от буквального, значение[17]. Именно поэтому его определение в российской цивилистике повсеместного одобрения не получило. Однако две идеи все-таки прижились. Речь идет о несводимости права собственности к „триаде" правомочий (владению, пользованию и распоряжению)[18] и о примате интереса над волей (его объективизации, самостоятельной роли) при определении субъективного права.

В самом деле, право собственности, как основанное на принципе дозволения, содержит в себе возможность совершать любые действия по поводу вещи, не противоречащие объективному праву. Что касается объективизации интереса, то она проявляется в защите процессуальным законом интереса до возникновения субъективного права и после прекращения последнего. Методологической основой для подобных законодательных решений послужили, в частности, и идеи А.В. Венедиктова.

Нельзя не отметить идею А.В. Венедиктова о разделенной собственности. По мнению Венедиктова, рабовладельческое государство могло разделять право собственности на землю со своими гражданами (Венедиктов, 1948, с. 61–67). При эмфитевзисе и суперфиции возникающие отношения удобнее всего описывать с позиций разделенной собственности, когда верховный собственник участка противостоит эмфитевту или суперфициарию как подчиненным собственникам (Венедиктов, 1948, с. 76).

Таким образом, разделенная собственность не является признаком исключительно феодального права, а относится к числу общих понятий. Вообще, Венедиктов наряду с историками-медиевистами внес большой вклад в разработку понятия разделенной собственности (*dominium divisum*) на основе противопоставления ее двойственной собственности (*dominium duplex*), с одной стороны, и общей собственности (*condominium*) – с другой. Разделенная собственность предполагает

---

[16] Вот несколько его максим. Присвоение есть отношение к вещи как к своей, но отношение не к вещи, а между людьми. Использование – не пользование, а сумма владения, пользования и распоряжения. Своя власть – это то, что дозволено законом, а свой интерес есть сам закон.

[17] Впрочем, и сам марксизм – набор условностей. Пользуясь его методологией, нельзя просто и доступно сформулировать ни одного понятия, которое было бы пригодно для закрепления в праве.

[18] Теперь эта мысль нашла отражение и в действующем законодательстве, см. п. 1 и 2 ст. 209 ГК РФ.

„раздел власти и интереса между несколькими индивидами и коллективами [...] „по вертикали", т.е. когда за каждым из носителей собственности признается не часть (определенная или неопределенная) одного и того же права собственности, а различные по своему характеру и объему правомочия" (Венедиктов, 1948, с. 65).

Особо следует отметить разбор концепции права собственности как социальной функции, разработанной Дюги и Гедеманом. Заслуга А.В. Венедиктова состоит в том, что он первый обратил внимание на близость этой концепции с другой, казалось бы, весьма далекой от нее концепцией „отделения управления от собственности", созданной Берли и Минзом[19]. В самом деле, „социальная функция" собственника состоит в том, чтобы управлять своим имуществом. Он должен делать это правильно, в противном случае его ждет разорение или переход экономической власти в руки „управляющих". Другое дело, является ли „социальная функция" юридической обязанностью. Венедиктов был против отождествления субъективного права с обязанностью[20], хотя и прикрывал такой чисто доктринальный вывод ссылками на демагогический характер теории „социальной функции"[21].

Поскольку после Октября 1917 г. практически все крупное производство было национализировано, трактовка этой собственности сделалась самым важным вопросом обществознания. Без его решения невозможно было дать правильную трактовку прав государственных предприятий на закрепленное за ними имущество, решить иные

---

[19] На их работу Венедиктов, вроде бы, не ссылался, но то, что она была ему знакома, сомнению не подлежит. Многие фрагменты книги *Государственная социалистическая собственность* прямо-таки „навеяны" работой Берли и Минза (Берле и Минз, 1932). Да и сама идея „оперативного управления" государственных юридических лиц исходит из возможности отделить управление от собственности. Собственник-государство создает юридические лица, передает им свое имущество, и поручает управлять им. Отличие от концепции Берли и Минза здесь лишь в том, что управляющий выступает в качестве самостоятельного субъекта права – юридического лица, а не назначенного собственником управленца.

[20] Заметим, что позднее при анализе непосредственного оперативного управления он пришел к выводу о том, что права госоргана по владению, пользованию и распоряжению одновременно являются обязанностями последнего перед государством (Венедиктов, 1948, с. 329). Так что какие-то „рудименты" теории „социальной функции" у Венедиктова остались. Впрочем, возможно, А.В. обязанности госорганов встраивал в административные отношения, в рамках которых могло осуществляться право собственности.

[21] Потом А.В. Венедиктову был даже брошен упрек в том, что он недостаточно разоблачал эксплуататорскую сущность теории „социальной функции" Гедемана (Миколенко, 1950, с. 74–75). И А.В. снова был вынужден оправдываться).

важные вопросы управления народным хозяйством. Но и лживость любого политического учения, в том числе коммунистического, заключается в его основной идее (вопросе). Обобществление производства в России сделало основной идею государственной социалистической собственности. Лживость ее на юридическом уровне проявляется в трактовке права государственной социалистической собственности, что легко увидеть на примере книги А.В. Венедиктова.

Возьмем, к примеру, первый его тезис: „единым и единственным собственником всех государственных имуществ является весь советский народ в лице своего социалистического государства" (Венедиктов, 1948, с. 313). „Народ в лице государства" – понятие крайне противоречивое. Кто же все-таки субъект права – народ или государство? Прямой ответ на этот вопрос давать было опасно. Венедиктов не мог отказаться от демагогического по сути лозунга об общенародной собственности[22], но как юрист он понимал, что „весь народ" – понятие слишком расплывчатое для того, чтобы приурочить к нему право собственности. Поэтому А.В. Венедиктов совершил подмену понятий и, заявив в самом начале пятой главы о народе, далее вел речь только о государстве (Венедиктов, 1948, с. 314)[23]. Любопытно, что допущенная им „вольность" в советские времена не вызвала критических замечаний: слишком рискованно было противопоставлять народ государству.

Поскольку государство – „единый и единственный субъект права собственности", все государственные имущества составляют единый фонд, по мнению А.В. Венедиктова, и „отдельные госорганы лишь управляют закрепленными за ними частями этого единого фонда, но не являются собственниками их" (Венедиктов, 1948, с. 314). Таким образом, полностью отвергаются все концепции, согласно которым государственное предприятие признавалось собственником – разделенным или доверительным, публичным или частным – закрепленного за ним имущества, в том числе и концепция самого А.В., которую он обосновывал в 20-е гг. XX в.

Второй тезис Венедиктова свидетельствует о признании им единства власти и собственности социалистического государства в отношении государственных организаций: „государство соединяет в своих руках всю полноту государственной власти со всеми правомочиями собствен-

---

[22] С его помощью партийно-государственный аппарат рассчитывал прикрыть фактическое отчуждение государственной собственности от народа, сопровождающееся нещадной эксплуатацией последнего в интересах класса бюрократии.

[23] Легко представить себе, что произойдет, если признать субъектом присвоения не государство, а народ в лице каждого его представителя. От государственной собственности ничего не останется.

ника". И далее: „В этом неразрывном, нераздельном сочетании государственной власти со всеми правомочиями собственника заключается одно из наиболее специфических отличий государственной социалистической собственности" (Венедиктов, 1948, с. 319). Здесь А.В. Венедиктов явно отказывается от проводимого со времен римского права противопоставления между политической властью (*imperium*) и собственностью (*dominium*) и открывает широкую дорогу для применения публично-правовых конструкций в сфере частного права[24].

4. Непосредственное оперативное управление госорганов

Термин „управление" многозначен. Под ним можно понимать и исполнительно-распорядительную деятельность, которая осуществляется государством, и ведение дел частным собственником, совершающим разного рода операции со своим имуществом, и управление внутри предприятия – товаропроизводителя, которое осуществляется администрацией. Ответ на вопрос, какое из этих значений может быть приурочено к оперативному управлению, А.В. Венедиктов дал, проанализировав функции социалистического государства, сосредоточившего в своих руках в результате национализации огромные массы имуществ.

Раз государство хозяйствует, осуществляет производственную деятельность, причем в условиях сохранения товарно-денежных отношений, то оно управляет своим имуществом и в рамках осуществления исполнительно-распорядительной деятельности, и как собственник, и как менеджер, т.е. в рамках и административного, и гражданского, и трудового права. Поскольку государство в каждом из своих действий выступает в лице своих органов, то последние осуществляют управление во всех трех названных выше значениях. Другой вопрос, что функции управления распределены между госорганами по-разному. Одни занимаются „общим руководством" (правительство, министерства), другие – „непосредственным планированием и регулированием" (те же министерства, но уже в ином качестве), третьи – „непосредст-венным оперативным управлением" (государственные предприятия и учреждения; Венедиктов, 1948, с. 329). Первые две категории госорганов ведут классическую исполнительно-распорядительную (административную) деятельность (Венедиктов, 1948, с. 329), последняя непосредственно осуществляет хозяйственную работу (само ведет производство).

---

[24] Впрочем, здесь трудно усмотреть какую-либо злонамеренность. Венедиктов лишь квалифицированно отражал реалии современного ему хозяйства – и не более того.

Субъекты „непосредственного оперативного управления", в отличие от вышестоящих органов, совершают не только административно-правовые акты, но и гражданско-правовые сделки (Венедиктов, 1948, с. 327). Причем в их деятельности гражданские и трудовые отношения преобладают. Для совершения гражданско-правовых сделок госоргану необходимы права владения, пользования и распоряжения (Венедиктов, 1948, с. 332–333). Эти права одновременно являются и обязанностями госоргана перед государством, очевидно, в рамках административных правоотношений. Права владения, пользования и распоряжения осуществляются госорганами „не своей властью, но властью, предоставленной государством не в своем интересе, а в интересах социалистического государства" (Венедиктов, 1948, с. 347), „в точном соответствии с законом, уставами госорганов, утвержденными для них планами и иными директивами планово-регулирующих органов" (Венедиктов, 1948, с. 349). Госорган не противостоит и не может противостоять государству как носитель какого-то особенного имущественного интереса (Венедиктов, 1948, с. 350).

Судьба концепции „непосредственного оперативного управления" была блестящей. Ее основные положения были поддержаны большинством цивилистов и воплотились в гражданском законодательстве в виде „права оперативного управления" (ст. 26^1 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., ст. 93^1 Гражданского кодекса РСФСР 1964; ст. 48 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., а теперь ст. 296 ГК РФ 1994 г.).

Однако право оперативного управления теперь не распространяется на большинство государственных и муниципальных предприятий, т.е. на тех субъектов, ради которых оно и было когда-то создано. Предприятия, которые способны работать на началах коммерческого расчета, теперь наделены правом хозяйственного ведения (ранее – правом полного хозяйственного ведения; см. ст. 294 ГК РФ 1994 г. в ср. со ст. 47 Основ гражданского законодательства 1991 г.). Это право построено на тех же принципах, что и право оперативного управления, только имеет, если ориентироваться на текст ГК РФ, чуть-чуть более широкое содержание. И его также можно считать „продуктом" концепции „непосредственного оперативного управления" А.В. Венедиктова.

Следует согласиться с Ю.К. Толстым в том, что А.В. Внедиктову можно смело приписать авторство и самого термина „право оперативного управления" (Толстой, 1976, с. 86–88). И „дело не в категории оперативного управления как таковой, а в том, какое социально-экономическое и политико-правовое содержание в нее влито. А это уже зависит от стоящих на данном этапе хозяйственного строитель-

ства задач и от того, насколько правильно они поняты" (*Толстой, 1988,* с. 23).

Если судьба права оперативного управления в целом складывалась благополучно, то его применение к государственным (муниципальным) предприятиям[25] всегда вызывало сложности, а ныне почти полностью прекратилось[26]. Разумеется, А.В. Венедиктов выделял государственные предприятия, работающие на началах хозяйственного (ныне – коммерческого) расчета, однако подводил их под общее понятие госоргана, осуществляющего „непосредственное оперативное управление". В условиях административной системы хозяйствования; когда о рыночной экономике и товарном производстве нельзя было всерьез заикнуться, подобный подход был оправдан. Тогда любой госорган – и тот, который производил товары, и тот, который управлял делами исполкома – имел одинаково узкий объем прав на имущество.

И тогда для государственных предприятий, способных работать на коммерческих началах, было придумано новое право с более широким содержанием[27] – право полного хозяйственного ведения (ныне – право хозяйственного ведения). Оно отличалось от права оперативного управления объемом предоставляемых правомочий, и прежде всего правомочия распоряжения. Степень рыночной свободы госпредприятий повысилась. Однако ее все-таки было недостаточно для того, чтобы полноценно конкурировать с частными предприятиями, которые к тому времени уже можно было создавать совершенно свободно. А руководители государственных предприятий начали широко использовать последние для личного обогащения. Не осталось ничего иного, как начать приватизацию[28].

Одновременно „пошел процесс" сужения объема права полного хозяйственного ведения. Из его названия исчезло слово „полное". Указы Президента РФ и постановления Правительства РФ начали вводить все новые ограничения права распоряжения государственных предприятий. Наконец, эти ограничения нашли выражение в Законе от 14 ноября 2002 г. № 161-ФЗ о государственных и муници-пальных унитарных предприятиях. В итоге не осталось почти никакой разницы между государственными предприятиями, наделенными правом хозяйственного ведения, и казенными предприятиями, которым принадлежит

---

[25] Далее под государственными предприятиями будут также пониматься и муниципальные.

[26] За исключением казенных предприятий, которых почти нет.

[27] Сейчас оно изрядно заужено. Впрочем, исследование вопроса о его объеме выходит за рамки настоящего очерка.

[28] Этот вопрос также выходит за рамки настоящего очерка.

право оперативного управления[29]. Круг замкнулся, что лишний раз подтвердило правоту А.В. Венедиктова, создавшего свое право оперативного управления в расчете на государственные организации, работающие в нерыночной среде.

Для товаропроизводителей в условиях рыночной экономики и право оперативного управления, и, как показал опыт, более широкое по содержанию право хозяйственного ведения непригодны (Иванов и Медведев, 1990; 1991). Государственные предприятия должны быть приватизированы с тем, чтобы их собственник получил полный объем прав на имущество и смог хозяйствовать с достаточной степенью заинтересованности в результатах его работы. Причем для обеспечения реальной заинтересованности недостаточно, чтобы предприятия были преобразованы в акционерные общества со стопроцентным или преобладающим государственным участием. Нужно еще и продать в частные руки контрольные пакеты акций.

Что касается права оперативного управления, то оно может и должно быть сохранено для государственных организаций, не способных работать на коммерческих началах (осуществлять товарное производство). Это могут быть бюджетные учреждения и казенные предприятия, разница между которыми, как и сейчас, вполне может быть учтена в содержании права оперативного управления. Право же хозяйственного ведения как атрибут переходного периода со временем должно отмереть. Такой видится судьба концепции „непосредственного оперативного управления" А.В. Венедиктова.

5. Природа юридического лица

Не менее интересна обоснованная Венедиктовым система взглядов на природу юридического лица, получившая название „теория коллектива". Еще в своей работе *Правовое положение государственных предприятий* (1928) он присоединился к концепции „реальности" юридического лица и призвал к поиску того людского субстрата, который стоит за каждым юридическим лицом. Однако трактовка А.В. Венедиктовым людского субстрата государственных предприятий была непоследовательной. Никаких реальных людей (коллективов) за государственным предприятием он тогда не видел, ограничиваясь ссылкой лишь на само государство. Иной стала его позиция по данному вопросу в 40-е гг. XX в.

---

[29] Несмотря на то, что разница в названиях сохраняется.

Сущность государственного предприятия как юридического лица А.В. Венедиктов начал объяснять с позиции теории „коллектива". Подобное предприятие, по его мнению – это орган государства, который „может и должен быть определен как организованный государством коллектив рабочих и служащих во главе с ответственным руководителем, на который государство возложило выполнение определенных государственных задач и которому оно предоставило для осуществления этих задач соответствующую часть единого фонда государственной собственности" (Венедиктов, 1948, с. 591). Таким образом, на роль людского субстрата государственного предприятия как юридического лица были избраны его рабочие и служащие, а не государство. Идея „социальной реальности" госпредприятия получила последовательное воплощение.

Идея признать коллектив рабочих и служащих людским субстратом государственного предприятия для тех лет выглядела демократически. Ведь если довести ее до логического завершения, то коллектив работников следовало бы признать выгодоприобретателем предприятия, субъектом самостоятельного присвоения[30]. А отсюда лишь один шаг до модели „коллективной" собственности работников на доходы и (или) имущество государственного предприятия[31]. Впрочем, столь далеко идущих выводов А.В. Венедиктов в те годы сделать не мог, ведь почти вся советская экономика была монополизирована в руках государства.

Впрочем, внимательный анализ конструкции „двух коллективов" позволяет сделать вывод о ее нарочитой искусственности. Ведь А.В. Венедиктов постоянно призывал отыскивать реальных, живых людей, стоящих за юридическим лицом. На роль таких людей „общенародный коллектив" претендовать не мог, поскольку он не участвовал и не мог участвовать в деятельности конкретной организации. Ведь подобный коллектив стоял за каждой государственной организацией, а значит, ни за одной из них[32]. В итоге субстрат любого государственного юридического лица сводился только к коллективу его работников.

---

[30] Что и было сделано в конце 80-х – начале 90-х гг. XX в. союзным, а затем российским законодателем. Однако эта попытка оказалась безрезультатной и ни к чему хорошему не привела. Просто имущество государственных предприятий было „разбазарено", а сами они стали убыточными. Впрочем, главная причина подобных эксцессов крылась не в самой „теории коллектива", а в отсутствии у предприятия „эффективного собственника". Анализ этой проблемы выходит за рамки настоящего очерка.

[31] Идеи корпоративного социализма А.В. Венедиктов скорее всего не разделял.

[32] Ранее уже было подробно показано, что общенародный коллектив не был и не мог быть субъектом присвоения. Вместо него субъектом права собственности для А.В.

Ценность теории „коллектива", которую отстаивал А.В. Венедиктов, состоит в том, что она позволила обосновать реальность правовых отношений между государственными организациями. Раз за этими организациями стоят самостоятельные, не совпадающие друг с другом коллективы работников, то все они должны рассматриваться как уникальные субъекты гражданского права. Отношения между государственными орга-низациями уже не могут трактоваться, как отношения государства с самим собой, а значит, их правовое регулирование должно осуществляться на тех же началах, что и отношений с участием всех остальных субъектов (частных лиц). Короче говоря, теория „коллектива" способствовала восстановлению единства гражданско-правового регулирования экономических отношений.

Выявление круга субъектов, персонифицирующих юридическое лицо, позволило решить вопрос о его ответственности перед другими участниками гражданского оборота. Если в качестве субстрата юридического лица выступает коллектив его работников, то действия последних должны считаться действиями самого юридического лица. Тем самым подведен теоретический фундамент под такое понятие, как „ответственность юридического лица", которая наступает за действия его работников, „если они повлекли неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства" (ст. 402 ГК РФ). Соответственно, вина работников при определенных обстоятельствах может рассматриваться как вина самого юридического лица.

Тем не менее, „теория коллектива" несет на себе печать исторической ограниченности. Она была разработана в условиях социализма, когда, во всяком случае на словах, господствовал принцип: „хозяин тот, кто трудится". Как только этому строю пришел конец, определение субстрата юридического лица посредством указания на коллектив его работников стало непригодным даже для корпоративных юридических лиц. Людским субстратом корпорации вне всякого сомнения выступают ее члены. И если последние не обязаны трудиться, то они уже не образуют коллектив работников. Рушится единый подход к определению людского субстрата корпораций и учреждений.

С помощью „теории коллектива" трудно объяснить „пограничные случаи", когда у юридического лица нет работников (например, последние еще не приняты на работу или уже уволены) либо его единственным работником выступает участник (учредитель). Подчас бывает, что никакого коллектива *de facto* нет, а юридическое лицо

Венедиктова было только государство. Так что „удвоение" коллективов было лишь украшением, скрывавшим истинные цели его концепции.

существует. Еще сложнее применить „теорию коллектива" к современным холдингам или транснациональным корпорациям, когда создание множества юридических лиц преследует цели рассредоточения имущества, ответственности или приобретения налоговых преимуществ.

6. Заключение

Работа *Государственная социалистическая собственность* столь фундаментальна, что в небольшом по объему очерке невозможно раскрыть все детали изложенных в ней взглядов. Благодаря этой книге А.В. Венедиктов заслужил всеобщее признание не только среди правоведов, и прежде всего цивилистов, но также среди экономистов и философов. Об этом можно судить по многочисленным рецензиям и обсуждениям, в которых, справедливости ради надо сказать, содержалось немало и критических замечаний. Большинство ученых отнеслись к концепции А.В. Венедиктова с искренним уважением, хотя и не приняли ее как руководство к действию. В 1949 г. книга была удостоена Государственной (Сталинской) премии, которая в те годы была самой почетной наградой за научный труд. Именно это спасло Венедиктова от расправы.

Тем не менее по результатам обсуждения А.В. Венедиктов внес в свою концепцию права собственности два весьма существенных изменения. Во-первых, он признал, что „присвоение" как категория используется классиками марксизма в различных значениях, тогда как он использовал лишь одно из них (узкое), а именно отношение к вещам как к своим (Венедиктов, 1951, с. 90–91, 97). Связать же присвоение с одним из возможных его значений значило в те годы исказить „Священное писание" коммунистов. Впрочем, от определения права собственности как отношения к вещи как к своей А.В. Венедиктов не отказался. Так что признание „ошибки" было с его стороны не более чем „политическим реверансом". Надо же было хоть в чем-то покаяться, иначе в „окаянные дни" было нельзя.

Во-вторых – и это более серьезная новация – Венедиктов был вынужден изменить в своей концепции соотношение объективного и субъективного права собственности. Напомним, что он начал свое исследование с определения субъективного права, а это явно диссонировало с господствующим в те годы нормативным пониманием права, жестко продиктованным А.Я. Вышинским. И критики сразу подметили это, хотя никто публично не обвинил А.В. Венедиктова в симпатиях к со-

циологической трактовке права, которую разделял, в частности, и репрессированный Е.Б. Пашуканис. Институт права собственности А.В. Венедиктов признал межотраслевым (комплексным – Венедиктов, 1951, с. 95), соединив в нем нормы не только гражданского, но и практически всех иных отраслей права.

Конец 40-х – начало 50-х гг. можно назвать периодом наивысшей творческой активности А.В. Венедиктова. Помимо деятельности на посту декана юридического факультета и заведующего кафедрой гражданского права, написания фундаментальных трудов, он ведет и обширную общественную работу. Здесь следует отметить участие в подготовке проекта Гражданского кодекса СССР в качестве председателя подкомиссии при Комиссии законодательных предположений Совета Союза Верховного Совета СССР (в 1947–1948 и 1952 гг.), а также деятельность в качестве члена Советского Комитета защиты мира и редколлегий журналов *Известия АН СССР* (отделение экономики и права), *Правоведение* и *Вестник Ленинградского университета*. И здесь его заслуги были отмечены орденом Ленина – одной из высших наград Советского государства (1953).

А.В. Венедиктов продолжает научную деятельность, которая выразилась в написании нескольких монографий и большого количества научных статей. Среди них следует отметить книгу *Гражданско-правовая охрана социалистической собственности* (1954), написанную в развитие работ конца 40-х гг. XX в. Охране права собственности А.В. Венедиктов придавал предельно широкое значение, утверждая, что она осуществляется нормами всех отраслей права, прежде всего уголовного, административного и гражданского. Что же касается собственно гражданско-правовой охраны, то Венедиктов не сводил ее к традиционным вещным искам – виндикационному и негаторному, а привлекал для анализа нормы и о недействительности сделок, и об ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательств. Иными словами, охрана права собственности, по мнению Венедиктова, может осуществляться при помощи не только вещного, но и обязательственного права. Сохраняют научное значение и написанные примерно в те же годы статьи А.В. Венедиктова, посвященные юридическим лицам (Венедиктов, 1955) и субъектам права (Венедиктов, 1955а).

Когда в 1958 г. А.В. Венедиктов, опираясь на широкую поддержку научной общественности, предпринял попытку стать сразу действительным членом Академии наук СССР, его ждал успех. Ему удалось стать первым академиком от юриспруденции в Ленинграде начиная с Октябрьского переворота и единственным академиком-цивилистом XX столетия.

Тогда же Венедиктов был избран почетным (*honoris causa*) доктором права Варшавского университета. Произошло это благодаря тому, что его книги и статьи, и прежде всего *Государственная социалистическая собственность*, были переведены на иностранные языки – немецкий, итальянский, польский, венгерский, чешский, болгарский, румынский – и изданы за рубежом.

К сожалению, А.В. Венедиктову при жизни удалось завершить только первую часть задуманного им исторического труда – монографию *Организация государственной промышленности в СССР. Т. I. 1917–1920 гг.* (Венедиктов, 1957). Вторая часть вышла в 1961 г. (посмертно), но она охватывала лишь период с 1921 по 1934 г. (Венедиктов, 1961). Довести свой труд до 50-х гг. XX в. Венедиктов не успел. Неоконченные рукописи были доработаны его коллегами и учениками. Если отбросить политическую оценку событий первых двух десятилетий Советской власти[33], останется „сухой остаток", изучение которого позволяет непредвзятому исследователю понять, почему не удался коммунистический эксперимент. Работа Венедиктова – фотографически точный портрет его эпохи, уроки которой предстоит извлечь новым реформаторам, стремящимся изменить чело-веческую природу. Книга перенасыщена деталями, но читатель легко может увидеть в ней и черные, и белые тона.

Не были реализованы и другие творческие замыслы А.В. Венедиктова: подготовка вторых изданий книг *Государственная социалистическая собственность* и *Гражданско-правовая охрана социалистической собственности в СССР*; написание новой книги, посвященной теоретическим проблемам права собственности. Смерть прервала его работу. Однако некоторые труды А.В. Венедиктова все-таки удалось завершить. В частности, им была закончена, хотя и осталась неопубликованной, монография *Военно-хозяйственное законодательство капиталистических стран*. Увидела свет, пусть и посмертно, книга практической направленности *Правовое положение совнархоза и подведомственных ему предприятий* (1959).

Биографическая аннотация:

профессор кафедры гражданского права Санкт-Петербургского государственного университета, кандидат юридических наук, заведующий

---

[33] Которая не могла в те годы отличаться от „генеральной линии" Коммунистической партии, иначе книгу не пропустила бы цензура.

кафедрой гражданского права Государственного университета Высшая школа экономики (Москва), председатель Высшего Арбитражного суда Российской Федерации в отставке.

Литература

Берле, А., А., Минз, Г., Ц. (1932). *The Modern Corporation and Private Property*. Нью-Йорк.

Венедиктов, А. (1961). *Организация государственной промышленности в СССР*. Т. II. 1921–1934 гг. Ленинград.

Венедиктов, А. (1957). *Организация государственной промышленности в СССР*. Т. I. 1917–1920 гг. Ленинград.

Венедиктов, А. (1955). О государственных юридических лицах в СССР. *Вестник Ленинградского университета. Серия Право*, (3).

Венедиктов, А. (1955а). О субъектах социалистических правоотношений. *Советское государство и право*, (6).

Венедиктов, А. (1951). Право социалистической собственности в свете учения И.В. Сталина о базисе и надстройке. *Известия Академии наук СССР. Отделение экономики и права*, (2).

Венедиктов, А. (1948). *Государственная социалистическая собственность*. Москва- Ленинград.

Венедиктов, А. (1940). Органы управления государственной социалистической собственностью. *Советское государство и право*, (5–6), 24–51.

Венедиктов, А. (1928). *Правовая природа государственных предприятий*. Ленинград.

Венедиктов, А. (1926). Банковские операции и законодательство о них. *Вестник финансов*, (3), с. 58–78.

Венедиктов, А. (1925). Основные проблемы банковского законодательства. К проекту Кредитного устава СССР, *Вестник финансов*, (6).

Венедиктов, А. (1924). Проблема кодификации финансового законодательства. *Вестник финансов*, (7).

Венедиктов, А. (1924а). Кодификация кредитного и валютного законодательства. *Вестник финансов*, (9).

Венедиктов, А. (1924б). Кодификация кредитного и валютного законодательства. *Вестник финансов*, (10).

Венедиктов, А. (1914). *Слияние акционерных компаний*. Петроград: Изд-во Петроградского политехн. ин-та имп. Петра Великого.

Иванов, А., Медведев, Д. (1991). Право государственного предприятия на имущество. *Правоведение*, (1).

Иванов, А., Медведев, Д. (1990). Право государственного предприятия на имущество. *Правоведение*, (6).

Иоффе, О., Райхер, В., Толстой, Ю. (1968). *Анатолий Васильевич Венедиктов (Очерк жизни и деятельности)*. Ленинград: Изд-во Ленинградского ун-та.

Миколенко, Я. (1950). Советские цивилисты в долгу перед Родиной. *Советское государство и право*, (11).

Толстой, Ю. (1999). *Из пережитого...* Ленинград.

Толстой, Ю. (1988). Концепция А.В. Венедиктова о праве собственности и современность. *Правоведение*, (2), 15–27.
Толстой, Ю. (1976). Анатолий Васильевич Венедиктов (1887–1959). *Правоведение*, (1), 80–90.

Uczony i władza. Życie i praca A.W. Wieniediktowa (1887–1959)

Streszczenie

Anatolij Wasiliewicz Wieniediktow urodził się i wychował w rodzinie inteligenckiej, kształcił się w Petersburgu – początkowo w dziedzinie ekonomii, następnie w zakresie nauk prawnych, odbył zagraniczne staże, wcześnie rozpoczął działalność dydaktyczną i naukową, której nie porzucił do końca swoich dni. Jest autorem licznych prac naukowych, a u schyłku życia obdarzony został powszechnym uznaniem – premiami, państwowymi nagrodami, tytułem akademika. Jednakże ustrój radziecki stał na przeszkodzie ujawnieniu się pełni talentu A.W. Wieniediktowa. Uczony wykazywał rozległą wiedzę w dziedzinie nauk ekonomicznych i prawnych, zarówno w obszarze cywilistyki, jak i prawa administracyjnego oraz finansowego, a także ogólnej teorii prawa, ponadto znał dorobek zagranicznej doktryny, orzecznictwo, praktykę sądową, jednak względy ideologiczne ustroju komunistycznego zadecydowały o niemożliwości swobodnego wyrażania jego myśli i koncepcji. Skoro jednak talent A.W. Wieniediktowa przejawił się z taką siłą i blaskiem nawet w niesprzyjających okolicznościach, to niewątpliwie można umieścić go na jednym z pierwszych miejsc w poczcie najwybitniejszych znawców prawa XX wieku.

Słowa kluczowe: majątek, teoria własności, teoria kolektywu, osobowość prawna, przedsiębiorstwo, kierownictwo operatywne.

Выдающиеся цивилисты иркутской правовой школы

Wybitni cywiliści irkuckiej szkoły prawa

ВИКТОР КАЗАРИН

Резюме

Статья посвящена вопросам становления и развития цивилистической школы в Иркутске – крупном научно-образовательном центре восточной части России. Показано влияние правовой школы Императорского Казанского университета на становление высшего юридического образования и формирование цивилистических исследований с момента образования Иркутского государственного университета в 1918 г. до настоящего времени. Освещены основные моменты иркутского периода научно-педагогической деятельности известных российских ученых-цивилистов М.М. Агаркова, Б.Б. Черепахина, З.Г. Крыловой и др. Сделан вывод о том, что, несмотря на прерывание высшего юридического образования в Иркутске, традиции цивилистической школы были продолжены с конца 1940-х гг., после воссоздания юридического факультета в ИГУ. Показаны также основные направления цивилистических исследований в последние десятилетия XX в. и в современный период.

Ключевые слова: Иркутск, правовая школа, юридическое образование, исследования, цивилистика.

1. Становление цивилистической школы в Иркутском университете (1918–начало 1930-х гг.)

Иркутск – старинный сибирский город, основанный как острог в 1661 г. первыми русскими землепроходцами. В 1686 г. острогу был присвоен статус города, а во времена правления императрицы Екате-

рины Великой Иркутск стал губернским центром (1764 г.). В XIX в. город становится не только административным, но и культурным центром Восточной Сибири. Здесь в 1851 г. было открыто Восточно-Сибирское отделение Русского Географического общества (ВСОРГО), сотрудники которого активно занимались изучением природы края, исследовали величайшее на планете озеро Байкал, проводили метеорологические наблюдения. Члены ВСОГРО также изучали быт, нравы, правовые обычаи аборигенных народов Сибири – бурят, эвенков, якутов, тофаларов и др.

Иркутск успешно развивался и в конце XIX в. в городе насчитывалось 51 учебное заведение, среди них Девичий институт Восточной Сибири, промышленно-механико-техническое училище, учительская семинария, горное училище, учительская семинария, юнкерское училище (Шперк, 1894). К 1917 г. Иркутск имел до 80 учебных заведений, учительский институт, публичные библиотеки, две обсерватории, музеи; научное сообщество насчитывало до 30 ученых (Попов, 1914). Таким образом, с учетом того, что Азиатская Россия в отношении заселенности территории, развития здесь высшего профессионального образования и науки значительно отставала от Центральной России, город Иркутск представлял культурно-образовательный центр азиатской ее части.

Однако отсутствие университета сдерживало научно-образовательный потенциал города и губернии. Необходимо также отметить, что научные исследования проводились членами ВСОРГО преимущественно в области естественных наук. Гуманитарные исследования были ограничены проблемами этнографии, лингвистики и фольклористики. Системных правовых исследований, за исключением, как указывалось, изучения обычного права туземных народов, практически не проводилось. Не было в городе и средних специальных учебных заведений юридического профиля.

В Сибири с 1888 г. действовал только один университет в Томске (Западная Сибирь). Вопрос об открытии в Иркутске университета обсуждался общественностью города со второй половины XIX в.; время от времени генерал-губернаторы края ставили этот вопрос перед высшими столичными чиновниками. Однако университет в Иркутске был основан только в октябре 1918 г. в составе двух факультетов: историко-филологического и юридического.

Поскольку в Иркутске не было достаточных предпосылок для развития здесь правовой науки (отсутствовали квалифицированные кадры в этой отрасли, не было специализированных учебных заведений и др.) на становление юридического образования и правовых

исследований в открытом университете значительное влияние оказал Казанский университет. Императорский Казанский университет был открыт в ноябре 1804 г. и относится к числу старейших авторитетных российских университетов. По отношению к Сибири университет постепенно стал центром просвещения и духовности, особой притягательности для одаренной молодежи.

В Казанском университете постепенно сложилась известная в России и за рубежом цивилистическая школа. Здесь преподавал Дмитрий Иванович Мейер, защитивший докторскую диссертацию *О древнем русском праве залога*, автор учебника *Русское гражданское право*, а также таких работ, как *О юридических вымыслах и предположениях, о скрытых и притворных действиях*, *О значении практики в системе юридического образования* и др. (Мейер, 1903). С 1895 г. в Казанском университете работал известный российский ученый Габриэль Феликсович (по другой транскрипции – Гавриил Филиппович) Шершеневич. В 1892 г. он защитил докторскую диссертацию *Авторское право на литературные произведения*, автор целых курсов преподаваемых дисциплин *Наука гражданского права в России*, *Курс торгового права*, *Учебник русского гражданского права*, *Учебник торгового права*, а также многочисленных статей (Шершеневич, 1905). Иркутский университет возник в сложных условиях Гражданской войны на территории бывшей Российской империи. В период фактического распада страны и отсутствия единого центра управления, Иркутская губерния административно во второй половине 1918 г. подчинялась Омскому правительству. Исполнявший должность ректора Иркутского университета Моисей Матвеевич Рубинштейн сообщал министру народного просвещения Омского правительства о том, что сформирован состав юридического факультета в составе профессоров Михаила Михайловича Агаркова по кафедре гражданского и торгового права, Герберта Юлиановича Мансса по кафедре уголовного права, доцентов Виктора Николаевича Охоцимского по кафедре римского права и Александра Николаевича Колесникова по кафедре государственного права (Государственный архив Иркутской области (ГАИО). Ф. Р-71. Оп. 1. Д. 24. Л. 11). В числе первых преподавателей-юристов Иркутского университета был и Василий Павлович Доманжо, который так же, как и М.М. Агарков представляли как раз Казанскую правовую школу. М.М. Агарков исполнял обязанности декана юридического факультета первые две недели, а первым постоянным деканом стал В.П. Доманжо (Казарин, 1999). Их в полном смысле слова можно отнести к „отцам–основателям" юридического образования и цивилистической школы Иркутского университета.

Научная юридическая школа, да и в целом первые гуманитарные исследования в Иркутском университете формировались под значительным воздействием школы Казанского университета. Помимо цивилистов М.М. Агаркова, В.П. Доманжо этот университет окончили и в нем начали свою научно-учебную деятельность Г.Ю. Маннс (уголовное право), И.А. Антропов (государственное право), В.С. Манассеин (история права), В.И. Огородников (русская история), А.Г. Муравьев (всеобщая история), А.А. Селищев (языкознание и славянские языки), П.П. Миндалев (русский язык и словесность), М.Н. Ершов (философия и психология), составившие основу гуманитарных факультетов Иркутского университета (Казарин, 2011).

Почему многие преподаватели знаменитого Казанского университета избрали Иркутск? Помимо индивидуальных причин, необходимо учесть и следующее. Октябрьскую революцию 1917 г. большинство преподавателей-юристов Казанского университета восприняли враждебно. Почти все они покинули Казань при изгнании чехов в сентябре 1918 г. Многие студенты бросили учебу, либо были мобилизованы в небольшевистские формирования, либо вступили в них добровольно. Некоторое время юридический факультет университета практически не функционировал. Занятия в нем возобновились только в конце 1918 г. А Иркутск тогда казался городом, в котором активные военные действия еще не велись, то есть относительно спокойным по сравнению с бушевавшей в Поволжье Гражданской войной. Конечно, позднее война прошлась и по Восточной Сибири, но тогда Иркутск оставался „тыловым" городом; хотя понятие „тыл" в Гражданской войне отсутствует. Как бы то ни было, но Иркутску определенно „повезло" получить таких именитых преподавателей в числе „отцов-основателей" молодого университета.

Имя одного из основателей иркутской цивилистической школы М.М. Агаркова наряду с такими известными именами отечественной юридической науки, как Д.И. Мейер, Л.Ф. Камбек, А.И. Вицын, Е.А. Нефедьев, Е.В. Васьковский упоминается в статье, посвященной 200-летию Казанского университета (Валеев и Фартхдинов, 2004). В числе выдающихся ученых-юристов российской юридической науки С.И. Аскназия, С.Н. Братуся, А.В. Венедиктова, Д.М. Генкина, И.Б. Новицкого, А.А. Пионтковского, В.И. Райхера, М.С. Строговича, Б.Б. Черепахина, М.Д. Шаргородского называл М.М. Агаркова один из авторитетных юристов С.С. Алексеев (Алексеев и Красавчиков, 1980).

Именно это налагает на нас обязанность подробнее остановиться на наиболее значимых событиях в яркой биографии ученого. М.М. Агарков родился 1 апреля 1890 г. в Казани, по вероисповеданию – православ-

ный. Там же в 1908 г. окончил гимназию с золотой медалью и сразу же поступил на юридический факультет Казанского университета. В 1909 г. он перевелся на юридический факультет Петербургского университета, но в 1910 г. вернулся в Казанский университет, который окончил в 1912 г. с дипломом первой степени. Одним из тех, кто оказал наибольшее научное влияние на Агаркова в студенческие годы, был крупнейший ученый цивилист и теоретик права, профессор Казанского университета Г.Ф. Шершеневич. Однако в год окончания Агарковым университета Шершеневич скоропостижно скончался.

Как один из лучших выпускников М.М. Агарков был оставлен при университете, как говорили тогда, для приготовления к профессорскому званию по кафедре гражданского права и судопроизводства под руководством профессора Александра Александровича Симолина. В 1913 г. Совет Казанского университета направил Агаркова на двухгодичную научную стажировку во Францию, в Париж. Но начавшаяся Первая мировая война помешала ему закончить полный срок научной командировки, и уже в сентябре 1914 г. Агарков вынужден был возвратиться в Россию. Однако время, проведенное в Сорбонне, явилось важнейшим периодом в становлении его как ученого. Агарков внимательно слушал лекции известных цивилистов того времени: А. Колина, М. Планиоля, Е. Годеме, Е. Эрлиха, Х. Капитана и др. Впоследствии М.М. Агарков остался верен лучшим традициям французской школы цивилистики.

В 1916 г. Агарков успешно сдал магистерский экзамен. После прочтения двух пробных лекций, тема одной из которых была определена решением Совета университета, а тема другой – собственным выбором, он был удостоен звания приват-доцента. Революционные события 1917 г. внесли изменения и в академическую жизнь Казанского университета. М.М. Агарков активно участвует в чтении лекций на общественно-политические и исторические темы. А в первой половине июля 1918 г. М.М. Агарков вместе с профессорами В.Н. Ивановским, П.П. Миндалевым, Б.Е. Будде был представителем Казанского университета на совещании деятелей высших учебных заведений по вопросам, связанным с реформой высшей школы, проводимым Народным комиссариатом просвещения в Москве (Корбут, 1939).

В июне 1918 г. решением Совета Казанского университета М.М. Агарков был утвержден исполняющим должность доцента по кафедре гражданского права и судопроизводства. А с октября 1918 г. он стал экстраординарным профессором Иркутского университета. На факультете Агарков читал лекции по общей теории права и торговому праву, а также вел практические занятия по гражданскому праву.

О том, в каком положении находился тогда М.М. Агарков, наглядно свидетельствуют архивные документы. Один из них – удостоверение о том, что Агарков – беженец, поэтому необходимые документы отсутствуют, и будут предоставлены им при первой возможности. Другой документ подтверждал, что профессор Иркутского университета Агарков был не в состоянии приобрести „штатское верхнее платье" и по этой причине вынужден носить форму, выданную ему еще по распоряжению командующего войсками Северной группы как члену Думского комитета по обороне г. Казани. В Иркутске ему, как указано в документе, „представителю профессуры университета", выдали свидетельство на право хранения и ношения револьвера распоряжением губернского комиссара (ГАИО. Ф. Р-71. Оп. 1. Д. 15. Л. 13).

В феврале 1920 г. профессор кафедры торгового права М.М. Агарков был избран профессором кафедры общей теории и истории философии права. На юридическом факультете, помимо учебной нагрузки, он заведовал социальным музеем. Когда в феврале 1919 г. было создано Юридическое общество, Агарков вошел в состав президиума и стал казначеем общества. Профессор принимал самое активное участие в жизни Иркутского университета: являлся председателем комиссии по рассмотрению уставов, членом комиссии по составлению положения о студенческих старостах и комиссии по составлению проекта положения о дисциплинарном суде, членом философско-педагогического общества. В Иркутском совете кооперативных съездов он был членом юридического отдела.

Летом 1919 г. ректор Иркутского университета М.М. Рубинштейн был уведомлен Министерством народного просвещения Омского правительства о том, что М.М. Агарков избран профессором Пермского университета по кафедре торгового права. Рубинштейн послал декану юридического факультета В.П. Доманжо запрос о том, нет ли возражений по этому вопросу у совета университета. Доманжо письменно уведомил ректорат, что переход в Пермский университет проф. Агаркова крайне нежелателен, поскольку с его уходом будет совершенно не обеспечено преподавание по кафедрам торгового права и общей теории права. Учитывая позицию юридического факультета и ректората, М.М. Агарков отправил телеграмму с отказом от кафедры в Пермском университете. Соответствующего содержания телеграмма была послана ректором ИГУ министру народного просвещения. Летом же 1919 г. Агарков был освобожден от призыва на действительную военную службу. А в декабре 1919 г. М.М. Агарков вместе с другими выпускниками Казанского университета профессорами Иркутского университета В.П. Доманжо и Г.Ю. Маннсом провожали в последний

путь одного из своих учителей доктора юридических наук, профессора Александра Александровича Симолина, приехавшего из Омска и скончавшегося в Иркутске (Колмаков, 2003). Впоследствии М.М. Агарков посвятит памяти профессора А.А. Симолина одну из своих ключевых работ *Ценность честного права*, вышедшую в Иркутске в 1921 г.

Однако после окончания Гражданской войны появилась возможность переехать к местам прежнего проживания, или туда, где были лучшие условия для научной и учебной работы, чем в Иркутске. Из командировок не вернулись многие профессора Иркутского университета. Среди них был и М.М. Агарков (Казарин, 2004). В 1921 г. он уехал в Саратовский университет. Несмотря на непродолжительное время работы в первом университете в Восточной Сибири, научная общественность помнит о том вкладе, который внес М.М. Агарков в создание юридического факультета и правовой школы в обширном регионе России.

Иркутский период научно-педагогической деятельности профессора М.М. Агаркова был непродолжительным. Но его можно по праву причислить к тем ученым, кто заложил основы высшего образования в Иркутске, способствовал тому, чтобы город впоследствии стал одним из крупных учебно-научных и культурных центров России. Исследования М.М. Агаркова по проблемам теории гражданского права и его отдельным институтам были продолжены учеными Иркутского университета. В 1920-е гг. эти проблемы затрагивали в своих статьях профессор В.П. Доманжо и доцент, позднее – профессор Б.Б. Черепахин. А после воссоздания юридического факультета в ИГУ (1954 г.) – доценты Е.А. Каткова, З.Г. Крылова и В.А. Семеусов. Двое последних защитили впоследствии докторские диссертации по праву.

После Иркутского университета М.М. Агарков работал доцентом Саратовского университета, возглавлял юридическую службу в Правлении Госбанка СССР, Совете Народных Комиссаров СССР, Народном комиссариате финансов СССР, Народном комиссариате внешней торговли и Союзнефтеэкспорте, состоял научным консультантом при Верховном Суде СССР и Государственном арбитраже СССР. Михаил Михайлович работал в качестве назначенного Советом Министров СССР члена правительственной комиссии по составлению проектов Гражданского и Гражданско-процессуального кодексов РСФСР.

В 1927 г. вышла его книга *Учение о ценных бумагах*. Автором была проанализирована почти вся имевшаяся литература по этому вопросу, что позволило ему показать экономическую роль оборотных документов. Материалы книги в дальнейшем были использованы в практике внешней торговли и при подготовке проектов законов (Положения

о чеках 1929 г., Положения о векселях 1929 г., некоторых статей Кодекса торгового мореплавания 1929 г. и др.). Книга *Основы банкового права: курс лекций* (Госфиниздат, 1929, с. 120) явилась углубленным теоретическим исследованием малоизученной на тот период проблемы в области права.

М.М. Агарков принимал активное участие в подготовке учебника по советскому гражданскому праву, изданного в 1938 г. В учебнике Агаркову принадлежали главы об объектах права, гражданском правоотношении, обязательствах и т.д. Велик вклад Агаркова в подготовку фундаментального учебника, изданного в 1944 г. под редакцией М.М. Агаркова и Д.М. Генкина. Ученый явился одним из его редакторов и основных авторов. В первом томе учебника Агарков написал весь раздел, посвященный обязательственному праву. Кроме того, ученый был тесно связан с практикой. Как указывалось, он участвовал в подготовке проектов Кодекса торгового мореплавания, Положения о чеках, а также Устава Государственного банка СССР.

В 1939 г. М.М. Агарков защитил докторскую диссертацию по гражданскому праву и был приглашен на преподавательскую работу во Всесоюзный институт юридических наук. Основной работой М.М. Агаркова является *Обязательство по советскому гражданскому праву* – его докторская диссертация, изданная небольшим тиражом и ставшая библиографической редкостью. Книга получила высокую оценку в научной профессиональной среде. Этот труд оказал заметное влияние на юридическую теорию и практику. Можно особенно выделить идеи Агаркова о соответствии плана и договора, в частности, мысль о том, что административный плановый акт мог иметь значение основания возникновения гражданских прав и обязанностей. Эта мысль была воспринята научной доктриной, подверглась дальнейшей обработке и нашла свое выражение в ст. 4 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. Указанная статья устанавливала возникновение гражданских прав и обязательств „из административных актов, в том числе – для государственных, кооперативных и общественных организаций – из актов планирования".

Помимо указанных, можно также отметить работы М.М. Агаркова *Предмет и система советского гражданского права* (Агарков, 1940), *К вопросу о договорной ответственности* (Агарков, 1945) и *Применение советским судом иностранного закона* (Агарков, 1939).

Михаил Михайлович внес крупный вклад в создание теории обязательств в советском гражданском праве. Он по-новому поставил и разрешил вопросы об основаниях возникновения обязательств в советском праве, о структуре обязательства, о санкции в обязательстве, дал класси-

фикацию целей в обязательствах. М.М. Агарков исследовал вопрос о значении вины в советском гражданском праве, поставил вопрос о влиянии плана на гражданско-правовые отношения при социализме, выдвинул ряд теоретических положений о значении актов планирования и регулирования народного хозяйства в советском гражданском праве.

После Великой Отечественной войны М.М. Агарков заведовал кафедрой гражданского права в МГУ, читал лекции в Институте международных отношений, Академии общественных наук при ЦК ВКП(б). Работал также заведующим сектором гражданского права Института права Академии наук СССР, а позднее – заместителем директора Института права АН СССР по научной работе. 26 июля 1947 г. он умер от инфаркта. Из жизни ушел ученый огромной эрудиции, полный духовных сил, в расцвете своего таланта и нереализованных возможностей.

Научные интересы М.М. Агаркова были направлены на вопросы теории гражданского права и общей части обязательственного права, вопросы кредитных и денежных правоотношений, а в последние годы жизни он активно занимался разработкой проблем теории государства и права. М.М. Агарков внес значительный вклад в науку гражданского права, торгового права, банковского права. За свою научно-педагогическую деятельность М.М. Агарков был награжден орденом Трудового Красного Знамени и медалью *За доблестный труд* (Казарин, 2012).

Первым постоянным деканом юридического факультета Иркутского университета после двух недель исполнения этих обязанностей стал В.П. Доманжо. Он родился 29 апреля 1881 г. в с. Константиновка Пензенской губернии. Окончил первую Казанскую гимназию, а затем юридический факультет Казанского университета (1904 г.). Как один из лучших выпускников был оставлен в университете, как тогда говорили, „для приготовления к профессорскому званию по кафедре римского права Казанского университета". В 1907–1917 гг. преподавал законоведение в первой Казанской гимназии, которую ранее окончил. Одновременно с 1909 по 1917 гг. – приват-доцент, а в 1915–1917 гг. – старший ассистент кафедры римского права Казанского университета. М.К. Корбут, автор фундаментальной истории Казанского университета подчеркивает, что „особенным уважением и любовью студентов пользовались из старшего поколения профессора П.А. Никольский, А.А. Пионтковский и В.В. Ивановский, а из младшего – рано умершие приват-доценты А.В. Завадский и В.П. Доманжо" (Корбут, 1939).

Непродолжительное время, в 1917–1918 гг. Доманжо был профессором кафедры гражданского права Пермского университета. Наконец,

со дня основания Иркутского университета – профессор кафедры римского права и декан юридического факультета. В начале 1920 г., а именно с 29 января по 18 февраля, Доманжо исполнял обязанности ректора Иркутского университета (Романов, 1994).

Это было наиболее сложное время для университета. Судьба его оставалась неопределенной: раздавались отдельные голоса наиболее рьяных представителей победившей стороны закрыть университет как продукт прежнего режима. Во многом благодаря усилиям В.П. Доманжо университет выжил и получил новое развитие. К примеру, после выступления В.П. Доманжо на заседании Иркутского губернского революционного комитета было принято решение в срочном порядке отпустить кредиты на нужды университета.

Когда гуманитарный факультет был расформирован и образован факультет общественных наук (ФОН), то Доманжо возглавил президиум факультета, то есть по существу стал его деканом. Весь сложный процесс перевода гуманитарного образования на „пролетарские рельсы" был возложен на коллектив преподавателей, который возглавляли профессора Г.Ю. Маннс, К.Н. Миротворцев, И.А. Антропов, К.В. Кудряшов. Но персональная ответственность в новых политических условиях возлагалась на профессора В.П. Доманжо. Кроме значительно возросшей административной нагрузки Доманжо возглавлял кабинет цивилистики, а также выполнял значительный объем аудиторной нагрузки, превышавшей даже нагрузку некоторых преподавателей. В университете он опубликовал свои лекции по истории римского права (1919 г.). К сожалению, В.П. Доманжо не успел сделать многое из задуманного. После тяжелой болезни 9 сентября 1922 г. он скончался в Иркутске. Преподаватели ФОНа осенью 1922 г. читали лекции в пользу семьи профессора В.П. Доманжо (Казарин и Лякутина, 2012). Профессора В.П. Доманжо, первого декана юридического факультета Иркутского университета, цивилиста с большим творческим потенциалом, до конца не реализованном вследствие преждевременной кончины, помнят и чтут наши современники. Директор Юридического института ИГУ, доцент О.П. Личичан справедливо отметил, что В.П. Доманжо „снискал славу себе и нашему университету своими достижениями в исследовании римского права" (Личичан, 2009).

В.П. Доманжо – автор научных работ: *Ответственность за вред, причиненный путем злоупотребления правом* (1914–1915 г.); *Вопрос об ответственности за вред, причиненный при осуществлении права, в проекте нашего гражданского уложения* (1915 г.); *К вопросу о вексельной давности* (1916 г.); *История римского права. Лекции*, (1919 г.) (Шилохвост, 2005).

Несомненный интерес представляет биография одного из первых приват-доцентов Иркутского университета Виктора Николаевича Охоцимского. В цитированной выше книге О.Ю. Шилохвоста сказано, что В.Н. Охоцинский родился в Иркутске (Шилохвост, 2005), однако в документах личного дела Охоцимского, найденных нами в архиве Иркутского университета, указано, что он родился в селении Карапчанка Киренского уезда Иркутской губернии 17 октября 1880 г. Данные, приведенные О.Ю. Шилохвостом об Охоцимском очень краткие, что, впрочем, вполне объяснимо, поэтому постараемся восполнить этот пробел. Тем более что личность В.Н. Охоцимского, которого также можно причислить к „отцам-основателям" юридического образования в Восточной Сибири, яркая и колоритная, во многом не похожая на академические биографии его коллег.

В автобиографии он всегда указывал вероисповедание – православный, и социальное происхождение – из мещан. Отец его был народным учителем, впоследствии работником связи. В сведениях о матери Охоцимский указывал, что она – дочь сельского псаломщика, не давая какую-либо дополнительную информацию.

Начальное образование В.Н. Охоцимский получил в сельской школе, затем обучался в духовном училище и духовной семинарии в Иркутске. В автобиографии указывал, что в 1901 г. он вступил в Сибирский социал-демократический союз, в котором состоял со дня основания до полного исчезновения этой организации. В 1906 г. он был делегирован Союзным Комитетом на Объединительный съезд российских социал-демократов в Стокгольм, а в 1907 г. – на V съезд РСДРП в Лондон.

Но, по его же собственному признанию, революционные увлечения молодости прошли вместе с поражением революции. Настала пора заниматься учебой. В 1909 г. он становится студентом юридического факультета Томского университета. Спустя четыре года В.Н. Охоцимский окончил факультет с золотой медалью за работы по цивилистике по теме *О заблуждении в объекте юридической сделки*. Как одного из лучших выпускников, его оставляют в качестве ассистента. Летом 1914 г. Охоцимский получает рекомендацию для научной командировки за границу сроком на два года. Но начавшаяся Первая мировая война сделала командировку невозможной. Вместо командировки Охоцимский становится младшим ассистентом юридического факультета Императорского Томского университета. В мае 1916 г. его командировали в Императорский Казанский университет для подготовки к сдаче магистерского экзамена.

В октябре 1916 г. и в январе 1917 г. В.Н. Охоцимский успешно проходит испытания на степень магистра римского права. По предложению попечителя Западно-Сибирского учебного округа в марте 1917 г. Охоцимский был принят приват-доцентом Томского университета по кафедре римского права с поручением чтения лекций и проведения занятий по римскому праву. Но в этом качестве Охоцимский проработал сравнительно недолго: согласно собственному заявлению, с 1 сентября 1917 г. он был освобожден от этой должности. Необходимо отметить, что к тому времени в Томском университете известные ученые, профессора-юристы И.А. Малиновский, Н.Я. Новомбергский, М.Н. Соболев, Г.Г. Тельберг, В.А. Ульяницкий и др. (Томский университет, 1980).

Распоряжением управляющего министерством народного просвещения от 17 октября 1918 г. В.Н. Охоцимский был утвержден штатным доцентом вновь открытого Иркутского университета по кафедре римского права. По этой причине ректор Томского университета 30 октября 1918 г. исключил Охоцимского из приват-доцентов этого университета. Этому предшествовало заявление, с которым в апреле 1918 г. в Иркутскую университетскую комиссию обратился Охоцимский. Его рекомендовал декан юридического факультета Саратовского университета профессор Г.Г. Тельберг. Ректору Иркутского университета был известен также положительный устный отзыв профессора Томского университета В.В. Сапожникова. Учитывая эти отзывы, ректор Иркутского университета официально пригласил В.Н. Охоцимского в штатные преподаватели второго сибирского университета.

К этому времени, как признавался сам приват-доцент римского права, он уже 8 лет не принимал никакого участия в деятельности, как социал-демократической партии, так и в общественно-политической жизни вообще. Одной из причин переезда в Иркутск стала невозможность для Охоцимского работать в Томске по причине раздоров среди профессуры „на почве академических вопросов". В Иркутском университете Охоцимский состоял сначала приват-доцентом, доцентом, а затем был избран экстраординарным профессором. Читал курсы *История римского права*, *Система римского права*, а в 1919–1920 гг. еще и курс истории русского семейного права.

После объединения юридического и историко-филологического факультетов и образования единого гуманитарного факультета в июле 1920 г. был избран профессором по кафедре частного права. Но осенью 1920 г. В.Н. Охоцимский вернулся в Томский университет, в котором работал на кафедре частного права факультета общественных наук в течение двух лет до закрытия последнего в 1922 г. За эти годы он

ничего не публиковал и, как отмечал в автобиографии, „едва избежал голодной смерти".

После ухода из университета, Охоцимский состоял лектором по курсу гражданского права на Сибирских Высших кооперативно-муниципальных курсах. Постоянно же работал юрисконсультом Томского губернского отдела местного хозяйства. В 1923–1924 гг. он входил в состав членов Арбитражной Комиссии при Товарной Бирже, являвшейся фактически советским торговым судом периода новой экономической политики. В эти же годы Охоцимский принимает попытки вернуться в Иркутский университет. Например, в январе 1923 г. он был утвержден профессором факультета общественных наук Иркутского университета по кафедре истории права. Однако в Иркутск он вторично не приехал. В следующий раз В.Н. Охоцимский единогласно был избран Правлением Иркутского университета на должность профессора по кафедре хозяйственного права факультета права и местного хозяйства в сентябре 1926 г. Во многом такое единодушное решение стало возможным благодаря отзыву, который дал правовой предметной комиссии Иркутского университета известный ученый, профессор Борис Борисович Черепахин (Архив ИГУ. Оп. 3. Д. 109. Л. 2, 4, 5, 11, 14, 26, 29, 31, 42, 45).

Но в Иркутск Охоцимский не приехал, а преподавал в Саратовском университете. Вот что интересно. В списке профессоров Саратовского университета В.Н. Охоцимский назван профессором истории, а не права; и указаны годы его работы в СГУ (1927–1937) (*Саратовский университет*, 1959). В 1929 г. в Саратове была издана его брошюра *Основные моменты исполнения по обязательствам (Очерк по теории и истории обязательственного права)*.

Очевидно, что предмет научных исследований В.Н. Охоцимского и преподаваемые им курсы находились в области двух наук: права и истории. Он квалифицировано читал как историю древнего мира, так и римское право. Этот факт еще раз подчеркивает уровень эрудиции, заложенный еще русской дореволюционной гуманитарной школой. Судьба В.Н. Охоцимского трагична: он был репрессирован; причины и обстоятельства этого нам не известны. В декабре 1937 г. В.Н. Охоцимского не стало.

Непродолжительное время в Иркутском университете преподавал авторитетный ученый, видный цивилист профессор Валентин Александрович Рязановский. В Иркутск В.А. Рязановский приехал в возрасте 36 лет. Он родился 1 января 1884 г. в Костромской губернии. Окончил Костромскую классическую гимназию в 1903 г., затем поступил на юридический факультет Московского университета, который успешно

закончил в 1908 г. В университете обучался, в частности, у известных профессоров С.Н. Трубецкого и П.И. Новгородцева. В 1911 г. проходил научную стажировку в Германии. В феврале 1915 г. его избрали приват-доцентом Демидовского юридического лицея (г. Ярославль). В ноябре 1917 г. В.А. Рязановский защитил диссертацию на степень магистра гражданского права в Донском университете. По утверждению А.А. Хисамутдинова, тогда же Рязановский подготовил рукопись докторской диссертации, которая была утеряна в 1918 г. (Хисамутдинов, 2003). А в феврале того же 1918 г. молодого ученого избрали экстраординарным профессором Демидовского юридического лицея. В ноябре 1918 г. Рязановский стал „исполнять дела" ординарного профессора Томского университета по кафедре гражданского права и судопроизводства.

К моменту приглашения в Иркутский университет, как отмечал сам Рязановский в свой краткой автобиографии, хранящейся в его небольшом личном деле в архиве Иркутского университета, кроме теоретических знаний, он имел „практический статус" по судебному ведомству в различных званиях и должностях. Юридический факультет Иркутского университета на заседании 13 декабря 1919 г. признал желательным „прикомандирование" к ИГУ профессора Томского университета по кафедре гражданского права В.А. Рязановского. С 18 февраля 1920 г. Рязановский состоял в должности ординарного профессора Иркутского университета по кафедре гражданского права „сверх штата".

В Иркутске в 1920 г. в *Трудах профессоров Иркутского университета* вышла в свет небольшая книга *Единство процесса*, которая благодаря заведующему кафедрой гражданского процесса МГУ и М.М.В. Ломоносова профессору М.К. Треушникову была переиздана в 1996 г. в издательстве Городец. Об актуальности положений книги, таких как содержание состязательности процесса, юридическая природа административного иска, задачи административной юстиции, единство и связь между отдельными отраслями права и других – писал в своей статье С.М. Амосов (Амосов, 2003).

К сожалению, в Иркутском университете В.А. Рязановский проработал недолгое время. В упомянутом личном деле Рязановского имеется весьма интересный документ. На бланке Сибирской Миссии РСФСР по иностранным делам от 20 августа 1920 г. „гражданину, профессору Рязановскому" значилось, что „ректор Дальневосточного университета Подставин просит сообщить профессору Рязановскому, что его кандидатура встретила доброжелательное отношение, университет просит оказать содействие приезду Рязановскому". Рязановский обратился к ректору Иркутского университета, в котором уведомил, что он через ведомство иностранных дел правительства Приморской

области и Сибирскую Миссию по иностранным делам РСФСР в Иркутске получил приглашение занять кафедру Дальневосточного университета (г. Владивосток). Рязановский указывал, что страдает „кишечной болезнью", месяц пробыл в госпитале, и просил возбудить ходатайство перед Сибирским отделом народного образования о разрешении перейти в Дальневосточный университет. К заявлению прилагалась справка о том, что Рязановский страдал от язвы двенадцатиперстной кишки, протекающей при явлениях сильного упадка питания и малокровия; по состоянию здоровья нуждался в усиленном диетическом питании (Архив ИГУ. Оп. 3. Д. 11. Л. 3, 9, 10, 13, 14).

Из Иркутска В.А. Рязановский уехал во Владивосток, где с 1 декабря 1920 по ноябрь 1922 г. „исполнял дела" ординарного профессора недавно открытого Государственного Дальневосточного университета по кафедре гражданского права и процесса. После установления советской власти на Дальнем Востоке В.А. Рязановский, как и многие русские ученые, эмигрировал в Китай, где преподавал на юридическом факультете в Харбине, высшем учебном заведении для беженцев из России. Более 14 лет Валентин Александрович преподавал в Харбине гражданское право и процесс, затем семья Рязановского переехала в Тяньцзинь, а после этого в США. Однако вскоре его разбил паралич, что исключало возможность преподавания. Но до самой смерти В.А. Рязановский продолжал заниматься научной работой. Скончался ученый в Сан-Франциско в 1968 г. Его творческое наследие огромно: им написаны крупные работы в области российского гражданского права и процесса, труды в области права народов Востока и исследования по истории русской культуры (Рязановский, 1993; Хисамутдинов, 2003).

Один из наиболее ярких ученых-юристов, преподававших в Иркутском университете в 1920-е гг., это, безусловно, Борис Борисович Черепахин. Он родился 17 ноября 1894 г. в с. Белокриница на Волынщине в семье директора местной сельскохозяйственной школы. Отец ушел из жизни рано, когда Борису было шесть лет, и с 1901 г. Черепахины переехали в Москву, а затем в Казань. Там же в 1913 г. Б. Черепахин окончил гимназию с серебряной медалью, и поступил учиться на юридический факультет знаменитого Казанского университета. В переломном для России 1917 г. Б.Б. Черепахин окончил университет, получив диплом первой степени. В том же году был избран профессорским стипендиатом по кафедре гражданского права Казанского, а позднее – Томского университетов. В 1920-е гг. Черепахин преподает с перерывами в Иркутском, Пермском, Саратовском университетах. В период работы в ИГУ Б.Б. Черепахин опубликовал в *Сборнике трудов Иркут-*

ского университета следующие статьи: *К вопросу о частном и публичном праве* (1926 г.), *Ответственность грузополучателя по требованиям из договора железнодорожной перевозки* (1927 г.), *Факультет права и местного хозяйства* (1928 г.), *К вопросу о договорном принуждении в советском транспортном праве* (1929 г.) (*Библиография работ*, 1967) С 1934 г. Б.Б. Черепахин преподавал в Свердловском юридическом институте, заведовал кафедрой гражданского права и процесса, а в 1952 г. его пригласили возглавить кафедру гражданского права Ленинградского юридического института. После объединения института с Ленинградским университетом Б.Б. Черепахин стал деканом юридического факультета университета, заведующим кафедрой гражданского права, а в последние годы жизни – профессором этой кафедры (Алексеев и Красавчиков, 1980).

Таким образом, в 1920-е гг., в период становления юридического образования в Иркутском университете, несмотря на различные структурные преобразования, сложился высококвалифицированный профессорско-преподавательский корпус, которому мог позавидовать любой столичный университет. Волею судеб, изломов бурной революционной и постреволюционной эпохи в Иркутске оказались ученые и педагоги, чьи имена золотыми буквами вписаны в историю российского юридического образования и науки. Иркутский университет того времени можно с полным правом называть „сибирской Сорбонной". Такого созвездия имен корифеев отечественного государствоведения и правоведения, а также смежных исторических и экономических дисциплин, ни Иркутский, ни Красноярский университеты, ни другие высшие учебные заведения Восточной Сибири, осуществлявшие подготовку юридических кадров в XX веке, в дальнейшем больше не имели.

В 1928 г. в Иркутском университете был создан факультет советского строительства, преобразованный в 1931 г. в Сибирский институт советского права, первый на востоке страны, в котором граждане могли получить высшее юридическое образование. Но в 1934 г. согласно постановлению СНК РСФСР (правительства РСФСР) институт был переведен в г. Свердловск (ныне – Екатеринбург). Значительную роль сыграла относительная близость крупного города на Урале к центральным сложившимся центрам юридической науки. Иркутский университет, географически отдаленный от Москвы, Ленинграда, Казани и Томска, почти на двадцать лет оказался без юридического факультета. А этот длительный период не мог пройти для юридического образования в крупном восточном регионе России без негативных последствий. А его отзвуки сказывались в Иркутском университете даже в 60–80-е гг. XX в.

2. II. Воссоздание юридического образования в Иркутске и видные ученые-цивилисты второй половины XX– начала XXI в.

С 1931 по 1949 г. юридическое образование в Иркутском государственном университете не осуществлялось. В 1949 г. обучение юристов в ИГУ возобновилось на факультете гуманитарных наук, а с 1954 г. – на самостоятельном юридическом факультете (Казарин и Лякутина, 2012).

В числе тех, кто стоял у истоков воссоздания юридического факультета в Иркутском университете, был Израиль Борисович Марткович. Он родился 6 сентября 1924 г. в г. Баку. С 17 лет – участник Великой Отечественной войны, участвовал во фронтовых операциях. После окончания войны избрал профессию юриста. В 1949 г. окончил Всесоюзный юридический заочный институт. На юридический факультет ИГУ он пришел после окончания аспирантуры Московского государственного университета в 1953/1954 учебном году. До этого, в 1952 г. он защитил кандидатскую диссертацию на тему *Судебное заседание как основная стадия гражданского процесса*.

Несколько лет проработал на кафедре теории и истории государства и права, преподаватели которой тогда читали не только теоретико-правовые и историко-правовые дисциплины. И.Б. Марткович проводил занятия по гражданскому и жилищному праву и гражданскому процессу.

Впоследствии научные интересы И.Б. Мартковича смещаются с проблем процессуального права на проблемы жилищного права. В 1960-е гг. он переехал в Москву, стал работать в ВЮЗИ на кафедре гражданского права. В 1981 г. защитил докторскую диссертацию на тему *Проблемы осуществления конституционного права на жилище* (Зубович, 2008). В Иркутском университете им были опубликованы работы по гражданскому праву: *Об основах возникновения правоотношений постоянного пользования жилыми помещениями* (Марткович, 1957, с. 111–140); *К разработке основ гражданского законодательства СССР (Вопросы жилищного права)* (Марткович, 1958, с. 61–70); *Круг членов семьи по жилищному праву* (Марткович, 1958а, с. 210–214).

Кроме этого, Израиль Борисович активно занимался практической работой: был членом научно-консультативного совета Верховного Суда СССР, Верховного Суда Российской Федерации, научным консультантом московской адвокатуры, членом рабочей группы согласительной комиссии по подготовке законопроектов Федерального Собрания РФ. И.Б. Марткович участвовал в работе над различными законопроектами:

Основ гражданского законодательства Союза ССР, гражданских и гражданско-процессуальных кодексов союзных республик, Основ жилищного законодательства СССР, законов о нотариате, адвокатуре, о регистрации недвижимости и др. Автор книг: *Жилищное законодательство СССР и РСФСР* (Москва, 1965), *Конституционное право на жилище* (Москва, 1979), *Право на жилище и его обеспечение* (Москва, 1984), *Жилищное право: закон и практика* (Москва, 1990) и др. (*Юридическое образование*, 2010).

В воссоздание юридического образования в Восточной Сибири много труда и научно-педагогического таланта было вложено З.Г. Крыловой. Зоя Григорьевна Крылова родилась 17 января 1925 г. в Ленинграде, в рабочей семье. В военном тяжелом 1942 году поступила на юридический факультет ведущего учебного заведения страны – Московского государственного университета и М.М.В. Ломоносова. Диплом МГУ был выдан Федоровой-Крыловой Зоре Григорьевне по специальности „юрист" с присвоением квалификации „цивилист" в 1946 г. (в дипломе указанно именно „Зоре Григорьевне". – В.К.).

После окончания университета стала работать юрисконсультом Государственного академического театра им. К.С. Станиславского. В 1947 г. она поступила в аспирантуру, продолжая работать в прежней должности. А с осени 1948 г. перешла в очную аспирантуру, чтобы полностью сосредоточиться на написании кандидатской диссертации.

С октября 1950 г., фактически завершив работу над диссертацией, стала работать преподавателем кафедры гражданского права и процесса в родном Московском университете. А в феврале 1951 г. решением Совета МГУ ей была присуждена ученая степень кандидата юридических наук.

В сентябре 1955 г. Зоя Григорьевна приехала в Иркутск, получив приглашение на должность доцента Иркутского филиала Всесоюзного юридического заочного института. В январе 1959 г. решением Высшей Аттестационной комиссии ей было присвоено ученое звание доцента по кафедре гражданского права.

А в апреле 1959 г. она перешла на работу в Иркутский государственный университет, доцентом кафедры гражданского права и процесса. З.Г. Крылова читала лекции по гражданскому праву, семейному праву, а также несколько спецкурсов. В 1968 г. была избрана на должность профессора кафедры гражданского права и процесса ИГУ.

Активно занималась научной работой, публиковалась в центральных журналах Советское государство и право, Советская юстиция, Социалистическая законность, Вестник МГУ, в сборниках трудов Всесоюзного юридического заочного института и Иркутского университета.

Ее монография *Исполнение договора поставки*, изданная в московском издательстве Юридическая литература, стала основой докторской диссертации. С 1955 по 1967 г. З.Г. Крылова опубликовала 28 статей, разделов в учебниках, учебных пособий (Подсчитано по: *Библиография работ*, 1967). Решением ВАК от 13 июня 1969 г. З.Г. Крыловой была присуждена ученая степень доктора юридических наук (Архив ИГУ. Оп. 57. Д. 23. Л. 2, 8, 10, 12, 14, 16, 21).

Со второй половины 1960-х гг. в Иркутском университете началась учебная и научная деятельность Валерия Александровича Семеусова. Он родился 11 ноября 1936 г. в Иркутске. Отец, Семеусов Александр Иванович, и мама, Вологина Татьяна Андреевна, происходили из крестьян. В начале Великой Отечественной войны отца призвали в армию. Мама умерла рано; Валерия воспитывала бабушка и возвратившийся с фронта отец.

В 1955 г. после окончания известной в Иркутске средней школы № 11 им. В.В. Маяковского Валерий, несмотря на один из самых высоких конкурсов, сразу же поступил на юридический факультет Иркутского государственного университета им. А.А. Жданова, лучшего на тот момент высшего учебного заведения Восточной Сибири. В 1960 г. успешно окончил обучение, получив специальность „правовед".

В течение двух месяцев после окончания университета В.А. Семеусов проходил стажировку в качестве следователя прокуратуры Ленинского района г. Иркутска, а в сентябре 1960 г. был направлен в молодой город Братск следователем городской прокуратуры. А уже в июне 1961 г. он вернулся в город своего детства и юности, став помощником прокурора г. Иркутска. В этой должности В.А. Семеусов проработал до августа 1962 г., а затем перешел на работу юрисконсульта Управления рабочего снабжения Восточно-Сибирского Совета Народного Хозяйства (Совнархоза). Именно в этот период квалифицированный юрист получил возможность дополнить свои теоретические познания в области хозяйственного и гражданского права разнообразными примерами из богатой практики деятельности крупного хозяйствующего субъекта. Продолжением этого направления в работе В.А. Семеусова стал его переход на должность старшего юрисконсульта управления машиностроения Восточно-Сибирского Совнархоза.

А далее последовал еще один решающий поворот судьбы, определивший всю дальнейшую жизнь Валерия Александровича: получив приглашение декана юридического факультета ИГУ профессора В.А. Пертцика, В.А. Семеусов посвящает себя научно-педагогической деятельности сначала в Иркутском государственном университете, а затем в Байкальском государственном университете экономики и права.

Научной работой Валерий успешно занимался еще в студенческие годы, но сейчас появилась возможность заниматься ею профессионально. В январе 1964 г. В.А. Семеусов стал штатным преподавателем кафедры гражданского права и гражданского процесса ИГУ. Опыт практической работы, приобретенный после окончания вуза, сказался как нельзя кстати. В декабре 1966 г. его избрали по конкурсу старшим преподавателем этой же кафедры (Архив ИГУ. Оп. 27. Д. 405. Л. 5, 6).

Осенью 1967 г. В.А. Семеусов поступил в аспирантуру Всесоюзного юридического заочного института (ВЮЗИ). Успешная защита диссертации на тему *Правовые формы хозяйственной деятельности сельскохозяйственных предприятий* состоялась там же, в ВЮЗИ в октябре 1969 г. По окончании аспирантуры В.А. Семеусов возвратился в Иркутский университет на ту же кафедру, а в декабре был избран на должность доцента. В марте 1971 г. ему было присвоено ученое звание доцента по кафедре гражданского права и процесса. В 1972–1974 гг. Валерий Александрович избирался депутатом Кировского районного Совета депутатов трудящихся г. Иркутска.

В декабре 1979 г. В.А. Семеусов был избран старшим научным сотрудником ИГУ, что давало возможность сосредоточиться на написании докторской диссертации. В дальнейшем, с ноября 1983 г. по сентябрь 1986 г. В.А. Семеусов заведовал кафедрой гражданского права и процесса юридического факультета Иркутского университета им. А.А. Жданова, а затем работал доцентом этой кафедры. Основные читаемые курсы *Гражданское право. Общая и особенная части*, а также спецкурсы *Хозяйственное право* и *Договор поставки*.

В октябре 1988 г. решением Высшей аттестационной комиссии при Совете Министров СССР В.А. Семеусову была присуждена ученая степень доктора юридических наук. Тема докторской диссертации *Хозяйственные договоры: методология и концепция* оказалась очень востребованной наукой гражданского права и практикой во второй половине 1980-х гг.

В это же время общество ощутило острую потребность в квалифицированных специалистах в области экономики, финансов и юриспруденции. Подготовку специалистов такого профиля стал осуществлять Иркутский институт народного хозяйства, впоследствии Иркутская государственная экономическая академия, ныне – Байкальский государственный университет экономики и права. В декабре 1989 г. В.А. Семеусов был избран профессором кафедры экономического контроля и ревизии института народного хозяйства, а в январе 1990 г. перешел туда на постоянную работу (Архив ИГУ. Оп. 5. Д. 194. Л. 2, 3, 6, 8, 51, 53).

С этого времени в жизни профессора В.А. Семеусова начался новый этап. Он организовал кафедру хозяйственного права (в настоящее время – кафедра предпринимательского и финансового права), стал первым деканом юридического факультета Иркутской государственной экономической академии. В июне 2009 г. ему было присвоено звание „Заслуженный профессор Байкальского государственного университета экономики и права". Автор почти 40 учебных пособий, более сотни статей и тезисов, докладов на конференциях, 12 монографий (Казарин, 2010).

Круг научных интересов В.А. Семеусова разнообразен: коммерция, правовые способы ее регулирования; правовые способы деприватизации предприятий; институт региональной собственности в становлении гражданского общества и государства в России; хозяйственно-правовые аспекты регионального законодательства. В течение многих лет В.А. Семеусов проводит исследование по комплексной программе „Хозяйственно-правовые проблемы государственного руководства экономикой на федеральном уровне". Цель исследования заключается в предложении оптимальных правовых способов, форм и методов повышения эффективности государственного управления народным хозяйством Иркутской области как субъекта Российской Федерации (Зайковский, 2010).

В середине 1960-х гг. началась педагогическая и научная деятельность Анвара Измайловича Хаснутдинова. Он родился 26 января 1937 г. в Иркутске. В 1960 г. успешно окончил юридический факультет Иркутского государственного университета. Еще на старшем курсе университета Анвар стал работать старшим консультантом государственного арбитража при Иркутском облисполкоме. А после получения диплома о высшем профессиональном образовании с мая 1960 г. стал арбитром государственного арбитража. В январе 1963 г. он перешел на должность юрисконсульта облисполкома. Именно с этой должности в августе 1965 г. А.И. Хаснутдинов ушел на кафедру гражданского права и процесса Иркутского университета. В декабре 1967 г. его избрали старшим преподавателем этой кафедры. А в ноябре 1968 г. он поступил в аспирантуру Ленинградского университета, с которым Иркутский университет в тот период поддерживал тесные отношения, которые выражались, в том числе в том, что юридический факультет ИГУ направлял в аспирантуру молодых преподавателей.

Решением Совета Ленинградского государственного университета от 28 октября 1971 г. А.И. Хаснутдинову была присуждена ученая степень кандидата юридических наук. По окончании аспирантуры А.И. Хаснутдинов возвратился в Иркутский университет старшим

преподавателем кафедры гражданского права и процесса. В октябре 1972 г. его избрали доцентом той же кафедры. На кафедре читал курс советского гражданского права, а также спецкурсы *Транспортное право* и *Отношения по договору поставки*. Работая в университете, А.И. Хаснутдинов опубликовал учебное пособие *Договор транспортной экспедиции*, 1974; десятки статей, в том числе в журнале Правоведение, сборниках *Вопросы судебной и арбитражной практики* (1969), *Проблемы гражданского права и процесса* (1970), и др. Кроме того, А.И. Хаснутдинов в 1972–1975 гг. являлся членом президиума обкома профсоюза работников просвещения, высшей школы и научных учреждений (Архив ИГУ. Оп. 68. Д. 38. Л. 7, 9, 11, 12).

В дальнейшем А.И. Хаснутдинов заведовал кафедрой гражданского права Иркутского университете (1987–1997 гг.). Затем он перешел в Иркутский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ, в котором с 1997 по 2003 г. занимал должность проректора по научной работе. Впоследствии работал заместителем директора по научной работе, заведующим кафедрой гражданского права и процесса Иркутского юридического института (филиала) Российской правовой академии Министерства юстиции РФ. Автор таких научных трудов, как: *Договор о погрузочно-разгрузочных работах* (Иркутск, 1992); *Основы государства и права Российской Федерации* (Иркутск, 1999) (в соавт.); *Рынок ценных бумаг. Правовое регулирование*. Научно-практическое пособие (Москва, 1992). А.И. Хаснутдинов вносил предложения по совершенствованию российского гражданского законодательства, некоторые из них были учтены в новом Гражданском кодексе РФ (Скляров, 2006).

С 1993 г. после окончания с отличием юридического факультета Иркутского государственного университета на кафедре гражданского права стал преподавать Валерий Владимирович Ровный. Он родился в г. Кяхта Бурятской АССР 3 июня 1970 г. В 1987 г. поступил на юрфак госуниверситета, но через год обучения был призван на военную службу. Отслужив положенный срок, продолжил обучение. В 1992 г., будучи студентом 4 курса, посетил США в порядке обмена студентами между Техасским и Иркутским университетами.

На последних курсах университета несколько заведующих кафедрами факультета предложили В.В. Ровному остаться преподавать и заниматься наукой по их кафедрам. Выбор был сделан в пользу кафедры гражданского права. Первый год работы на кафедре В.В. Ровный одновременно занимался частной юридической практикой. Спустя год сдал кандидатские экзамены и приступил к работе над диссертацией. В июне 1996 г. защитил кандидатскую диссертацию на тему: *Феномен предпринимательства в гражданском праве* в Томском госу-

дарственном университете. В феврале 1997 г. был избран по конкурсу доцентом кафедры гражданского права, а в ноябре 1999 г. В.В. Ровному было присвоено ученое звание доцента по кафедре гражданского права.

Как отмечает сам Валерий Владимирович, „именно работа над кандидатской диссертацией, ее первоначальные исследования, открывающееся знание и тесное общение с учеными, коллегами, друзьями, старшими товарищами стали катализаторами для дальнейшей работы. Большую роль в становлении меня как ученого сыграл Борис Лазаревич Хаскельберг. Это подлинный ученый, как никто иной увлеченный и преданный науке. Он стал моим Наставником и Учителем" (Караваева, 2000).

Весной 2000 г. В.В. Ровный в возрасте 29 лет там же, в Томском университете, успешно защитил докторскую диссертацию на тему: *Проблемы единства российского частного права*. Научным консультантом был д-р юрид. наук, профессор Томского университета, заслуженный юрист Российской Федерации Б.Л. Хаскельберг (Ровный, 2006; Ровный, 2005). Решением Высшей аттестационной комиссии в сентябре 2000 г. В.В. Ровному была присуждена ученая степень доктора юридических наук. В феврале 2001 г. Ученым советом Иркутского университета был избран на должность профессора кафедры гражданского права, а в июле 2002 г. решением Министерства образования РФ В.В. Ровному было присвоено ученое звание профессора по кафедре гражданского права. В 2001–2006 гг. профессор В.В. Ровный заведовал кафедрой гражданского права ИГУ.

В настоящее время профессор В.В. Ровный читает базовые курсы, а также спецкурсы для магистрантов по кафедре гражданского права. Он один из ведущих отечественных ученых-цивилистов. Автор монографий: *Феномен предпринимательства в гражданском праве* (Иркутск, 1996); *Гражданско-правовая природа предпринимательства* (Иркутск, 1996); *Понятие и признаки предпринимательства (гражданско-правовой аспект)* (Иркутск, 1998); *Проблемы единства российского частного права* (Иркутск, 1999); *Индивидуальное и родовое в гражданском праве* (Иркутск, 2001); *Договор купли-продажи (очерк теории)* (Иркутск, 2003); *Консенсуальные и реальные договоры в гражданском праве* (Томск, 2003); *Обычай в частном праве* (Иркутск, 2004); *Задаток: теорет. очерк* (Иркутск, 2012); *Выморочные наследства* (Иркутск, 2013); *Прием приравнивания в частном праве (понятие и особенности реализации)* (Иркутск, 2014) и др.

Помимо этого, В.В. Ровным изданы и авторские учебные пособия: *Гражданско-правовая ответственность. Теоретический этюд* (Иркутск, 1997); *Проблемы объекта в гражданском праве* (Иркутск, 1998); *Явление*

дуализма в праве и его сущность (Иркутск, 1999) и др. Необходимо отметить, что В.В. Ровный – автор разделов в трехтомном учебнике по гражданскому праву под редакцией А.П. Сергеева (*Гражданское право как отрасль права*, *Гражданское законодательство*, *Юридические лица как субъекты гражданских правоотношений*, *Коммерческие организации как субъекты гражданских правоотношений*, *Купля-продажа и мена*, *Общие положения о подряде*, *Общие положения о наследственном праве* и др.). Следует отметить, что учебник, в написании которого принимал участие профессор Иркутского университета В.В. Ровный, выдержал несколько изданий (2008, 2009, 2010, 2011, 2012 гг.). Ученый ИГУ также является автором учебно-практических комментариев к *Комментарию к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть третья* (Москва, 2011). Из четырех томов принимал участие в трех (часть 1, 2, 3).

В.В. Ровный имеет публикации на польском языке. Им совместно с профессором Л. Москва (Университет Адама Мицкевича, г. Познань) написано несколько статей, изданных в издательствах Варшавы, Познани, Торуни и Алматы (Республика Казахстан). Вплоть до кончины Учителя и Наставника Б.Л. Хаскельберга продолжалось плодотворное сотрудничество с В.В. Ровным, выражавшемся в издании совместных монографий и статей в Москве, Екатеринбурге, Томске, Иркутске, Алматы.

Таким образом, В.В. Ровный является авторитетным ученым-цивилистом в Российской Федерации, работы которого известны за рубежом профессиональному сообществу. Можно сделать вывод о том, что традиции цивилистической науки в Иркутске, заложенные в 1920-е гг. М.М. Агарковым, В.П. Доманжо, Б.Б. Черепахиным и другими учеными, получили свое дальнейшее развитие, приумножив потенциал российской школы цивилистов.

Биографическая аннотация:

доктор исторических наук, профессор кафедры теории и истории государства и права Юридического института Иркутского государственного университета.

Литература

Агарков, М. (1945). К вопросу о договорной ответственности. *Вопросы советского гражданского права*. М. Агарков (ред.). Москва: Изд. АН СССР.

Агарков, М. (1940). Предмет и система советского гражданского права. *Советское государство и право*, (8–9).

Агарков, М. (1939). Применение советским судом иностранного закона. *Проблемы социалистического права*, (3).

Алексеев, С., Красавчиков, О. (1980). Борис Борисович Черепахин (1894–1969). *Правоведение*, (5).

Амосов, С. (2003). Забытые идеи профессора Рязановского. *Правосудие в Восточной Сибири. Региональный научно-практический журнал*, (2–3).

Библиография работ преподавателей юридического факультета (1918–1967). (1967). ИГУ им. А. Жданова, юрид. фак-т. Тр. науч. б-ки. Вып. 20. Иркутск.

Валеев, В., Фартхдинов, Я. (2004). 200 лет науке гражданского процесса в Казанском университете. *Арбитр. и гражд. Процесс*, (4).

Зайковский, Е. (2010). Жрец Фемиды. *С нархозом связанные судьбы: очерки, рассказы, эссе*, М. Рачков, (ред.). Иркутск: Изд-во БГУЭП.

Зубович, М. (2008). *Развитие теории доказательств иркутской цивилистической процессуальной школой: научно-исторический очерк*. Иркутск: Изд-во Иркут. гос. ун-та.

Казарин, В., Лякутина, Ю. (2012). *Юридическое образование в Восточной Сибири (1918–1991 гг.)*. Иркутск: Изд-во ИГУ.

Казарин, В. (2012). Иркутский период научно-педагогической деятельности М.М. Агаркова. *Избранные труды по гражданскому праву. В. 2 т. Т. 1.: Социальная ценность частного права и отдельных институтов общей части гражданского права*. М. Агарков (ред.). Москва: Статут.

Казарин, В. (2011). Влияние Казанской правовой школы на формирование и развитие юридического образования и науки в Иркутском университете. *Сибирский юридический вестник*, (2).

Казарин, В. (2010). Семеусов Валерий Александрович (к 75-летнему юбилею). *Приангарье: годы, события, люди: календарь знаменат. и памят. дат Иркут. обл. на 2011 г*. Л. Казанцева, А. Макеев (сост.). Иркутск.

Казарин, В. (2004). У истоков высшего юридического образования и науки в Восточной Сибири: профессор Михаил Михайлович Агарков. *Историко-экономические исследования*. Иркутск, (3/5).

Казарин, В. (1999). Становление юридического образования и формирование традиций правовой школы в Иркутском университете. 1918–1931 гг. *Сибирский юридический вестник*, (1).

Караваева, Е. (2000). В Иркутске живет самый молодой доктор права Российской Федерации. *Сибирский юридический вестник*, (2).

Колмаков, Ю. (2003). *Иркутская летопись 1661–1940 гг.* Иркутск.

Корбут, М. (1939). *Казанский государственный университет имени В.И. Ульянова-Ленина за сто двадцать пять лет. 1804-5-1929-30. Т. II*. Казань.

Личичан, О. (2009). *XII Коллоквиум романистов стран Центральной и Восточной Европы и Азии:* сб. науч. материалов. Р. Кардилли, П. Каталано, А. Климович, Д. Тузов (отв. ред.). Иркутск (14–16.10.2009).

Марткович, И. (1958). К разработке основ гражданского законодательства СССР (Вопросы жилищного права). *Правоведение*, (1).

Марткович, И. (1958а). Круг членов семьи по жилищному праву. *Труды Иркутского государственного университета им. А.А. Жданова*. И. Марткович, С. Курылев, В. Шкурко (ред.).Т. 27. Вып. 4. Иркутск.

Марткович, И. (1957). Об основах возникновения правоотношений постоянного пользования жилыми помещениями. *Труды Иркутского государственного университета им. А.А. Жданова*. С. Курылев, И. Марткович, В. Шкурко (ред.). Т. 22. Вып. 3. Иркутск.

Мейер, Д. (1903). *Большая энциклопедия*. С. Южаков (ред.). Т. 12. Санкт-Петербург.

Попов, И. (1914). *Энциклопедический словарь Русского библиографического института Гранат*. 11-е стереотип. изд. Т. 22. Москва: Гл. контора т-ва „Бр. А. и И. Гранат и К".

Ровный, В. (2005). Юристы XXI века. Справочник (Восточная Сибирь). Приложение к журналу *Правосудие в Восточной Сибири*.

Ровный, В. (2006). *Видные ученые-юристы России (Вторая половина XX века Энциклопедический словарь биографий*. В. Сырых (ред.). Москва: РАП.

Романов, Н. (1994). *Летопись города Иркутска за 1902–1924 гг.* Н. Куликаускене (сост.). Иркутск: Вост.-Сиб. кн. изд-во.

Рязановский, В. (1993). К вопросу о влиянии монгольской культуры и монгольского права на русскую культуру и право (Вступительная статья Г. Мелихова). *Вопросы истории*, (7).

Саратовский университет. 1909–1959. (1959). Саратов.

Скляров, С. (2006). Хаснутдинов Анвар Измайлович. *Видные ученые-юристы России (Вторая половина XX века). Энциклопедический словарь биографий*. В. Сырых (ред.). Москва: РАП.

Томский университет. 1880–1980. (1980). Томск.

Хисамутдинов, А. (2003). Профессор юриспруденции и востоковед В.А. Рязановский. *Проблемы Дальнего Востока*, (2).

Шершеневич, Г. (1905). *Большая энциклопедия*. С. Южаков (ред.). Т. 20. Санкт-Петербург: Изд-во т-ва „Просвещение".

Шилохвост, О. (2005). *Русские цивилисты: середина XVIII- начало XX в. Краткий биографический словарь*. Москва: Статут.

Шперк, Э. (1894). *Энциклопедический словарь Ф.А. Брокгауз, И.А. Ефрон, Т. XIII*. Санкт-Петербург: Брокгауз-Ефрон.

Юридическое образование в Забайкалье. (2010). В. Леонтьев (ред.). Чита.

Wybitni cywiliści irkuckiej szkoły prawa

Streszczenie

W artykule podjęto zagadnienia powstania i rozwoju szkoły cywilistycznej w Irkucku – ważnym naukowo-dydaktycznym ośrodku położonym we wschodniej części Rosji. Przedstawiono oddziaływanie szkoły prawnej Imperatorskiego Uniwersytetu Kazańskiego na kształcenie wyższe w dziedzinie prawa oraz na kształtowanie badań cywilistycznych w okresie od utworzenia Irkuckiego Państwowego Uniwersytetu w 1918 r. do chwili obecnej. Naświetlono główne kwestie związane z irkuckim okresem działalności naukowo-pedagogicznej znanych rosyjskich cywilistów: M. Agarkowa, B. Czerepachina, Z. Kryłowoj i in. Postawiono tezę, że chociaż irkucki ośrodek akademicki utracił ciągłość w kształceniu wyższym w dziedzinie nauk prawnych, to po wznowieniu działalności Wydziału Prawa IGU pod koniec lat czterdziestych, kontynuowano tam tradycje szkoły cywilistycznej. Ponadto zaprezentowano najważniejsze kierunki badań cywilistycznych ostatnich dziesięcioleci XX wieku oraz badań współczesnych.

Słowa kluczowe: Irkuck, szkoła prawa, wykształcenie prawnicze, badania, cywilistyka.

II

CIĄGLE AKTUALNE DYLEMATY PRAWA CYWILNEGO

ЭЛЬЖБЕТА БЯЛОБРОДЗКА

Проблема предприятия в коммандитном товариществе с участием общества с ограниченной ответственностью

Przedsiębiorstwo w spółce komandytowej z udziałem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

Резюме

С 1 января 2001 г. вступила в силу ст. 104 § 2 (по актуальному состоянию ст. 104 § 3 Кодекса хозяйственных товариществ и обществ; Dz. U. z 2013 r., poz. 1030), в силу которой закономерным является осуществление коммерческой деятельности в форме коммандитного товарищества с участием юридических лиц, в том числе с участием общества с ограниченной ответственностью как полного товарища, что следует *explicite* из ст. 107 § 3 того же кодекса. Согласно закону цель такого товарищества – вести предприятие. Но в то же время учёные так и не пришли к единогласию, какое значение придать понятиям „цель товарищества" и „вести предприятие". В статье представлены основные точки зрения по спорным вопросам, проведён анализ отсутствия упорядоченности в терминологии, применяемой законодателем, изложена проблема несовместимости целей коммандитного товарищества и общества с ограниченной ответственностью, а также выдвинуты предложения, которые способствуют избеганию возможных трудностей как в теории, так и на практике.

Ключевые слова: коммандитное товарищество, общество с ограниченной ответственностью, цель, предприятие, понятие, несовместимость терминологии.

Введение

Проблема коммандитных товариществ, внутренняя структура которых отличается от принятой классической модели хозяйственного товарищества, хотя и является важным вопросом для практики, все ещё остаётся в Польше вне исследовательских интересов представителей доктрины. Одним из источников такого положения может являться обстоятельство, что вследствие исторических нарушений натурального процесса развития современного коммерческого права институт товарищества на вере регулируют *de facto* положения с едва ли не тридцатилетней историей.

В основе действующего законодательства о коммандитном товариществе лежит распоряжение Президента Республики Польша от 27 июня 1934 г. Торговый кодекс (Dz. U. nr 57, poz. 502; далее – KX) – результат работы Комиссии Кодификационной[1], намеренной создать в восстановленном после разделов Польском Государстве целостное гражданское и уголовное законодательство. Новые положения KX о коммандитном товариществе применялись коротко, всего лишь пять лет с момента их вступления в силу, после чего их перестали применять в юридической системе на протяжении более чем пятидесяти лет (от сентября 1939 г. до 1965 г. возможность применять на практике положения коммерческого права по политическим и государственным причинам не появлялась, а в 1965 г. законоположения о коммандитном товариществе официально были отменены законодателем). Перспектива изменения общественного строя в 80-х годах предоставила представителям юридических наук возможность обсудить вопрос необходимых изменений в рамках хозяйственного законодательства и уже во второй половине 80-х годов материя хозяйственных обществ и товариществ стала предметом оживлённой дискуссии (Siemiątkowski, 2000). В результате дискуссии Рабочая Группа по Заработным Хозяйствам и Обществам под руководством А. Клайна разработала *Основы закона о хозяйственных товариществах и обществах*. Так как окончательно решения о введении нового нормативного акта для регулирования хозяйственных товариществ и обществ не принято, Закон от 31 августа 1991 г. об

---

[1] Комиссия Кодификационная под руководством Ф. Фериха (которого впоследствии сменил Б. Похорецки) была создана законом о комиссии кодификационной от 3 июня 1919 г. [Dz. Pr. P. P. nr 44, poz. 315]. Комиссия разделялась на два отдела, а отделы разделялись на секции. Председателем Секции Коммерческого Права, отвечающей за создание проекта Торгового кодекса, назначен был А. Долински. Хотя Комиссия закончила свою деятельность *de facto* с началом второй мировой войны, формально она никогда не возобновила, но и не завершила своё существование.

изменении распоряжения Президента Республики Польша – Торговый кодекс восстанавливал предварительно отменённые положения о коммандитном товариществе. Восстановление законоположений о коммандитном товариществе в KX было *ex definiotione* временным действием. Принятое Польшей официальное обязательство по ликвидации несоответствия отечественного законодательства с правом Европейского Союза привело к возобновлению законодательных работ, направленных на оптимизацию коммерческого законодательства. Постановлением Совета Министров № 109/96 от 17 сентября 1996 г. была создана Кодификационная Комиссия Гражданского Права, которая назначила Группу, состоящую из трёх членов, по делам Права Хозяйственных Товариществ и Обществ под руководством С. Солтысиньского[2]. Эта группа создала авторский проект современного нормативного акта полностью регулирующего сферу товариществ и обществ. Согласно с принятым авторами принципом продолжения, применяемые в проекте решения отображали, в значительной мере, ранее действующее, основанное на немецком праве, законодательство, содержащееся в KX. Кроме того, авторы проекта пользовались достижениями французской, итальянской, австрийской, голландской, швейцарской и американской научной мысли в законотворчестве (Обоснование проекта закона – Кодекс хозяйственных товариществ и обществ – далее KCX, Druk Sejmowy nr 1687 z dn. 2 lutego 2000 r., s. 22). Заключённые в проекте KCX регулирования коммандитного товарищества в сопоставлении с восстановленными в KX в 1991 г. не вводили революционных изменений, однако они заключали положение значимое для существования в польском праве так называемых атипичных форм коммандитного товарищества.

Ведение предприятия как элемент понятия товарищества

С 1 января 2001 г. вступила в силу ст. 104 § 2 Кодекса хозяйственных товариществ и обществ (по актуальному состоянию ст. 104 § 3 KCX; Dz. U. z 2013 r. nr 0, poz. 1030), в силу которой в польском коммерческом праве *explicite* допускается коммерческая деятельность в форме коммандитного товарищества с участием юридических лиц в виде полных товарищей, и тем самым подтверждается допустимость создавать на

---

[2] В состав группы вошли изначально: С. Солтысиньски, А. Шайковски и Я. Швая, а в 1998 г. в место Я. Шваи вошол А. Шуманьски.

основе польского законодательства субъекты, соответствующие немецкой конструкции *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* & *Compagnie Kommanditgesellschaft* (*GmbH* & *Co. KG*), т.е. коммандитные товарищества с участием общества с ограниченной ответственностью (наглядно подтверждает это контент ст. 107 § 3 KCX). Далее эта конструкция будет определяться согласно с принятой в обосновании проекта KCX терминологией как „общество с ограниченной ответственностью, коммандитное товарищество" (в сокращении: ООО КТ).

ООО КТ – хотя на основе КХ их определяли, из-за некоторых „не классических" особенностей, как атипичное коммандитное товарищество, не подлежит согласно с KCX особым законоположениям, а следовательно, к ней применяются положения, включенные в третий раздел второго заглавия KCX. По положению ст. 102 KCX ООО КТ – это персональное объединение лиц, цель которого – вести предприятие „под собственной фирмой" и в которой по обязательствам товарищества хотя бы одно ООО, являющееся полным товарищем, несёт перед кредиторами полную ответственность и хотя бы один субъект права, являющийся участником этого товарищества (вкладчик), несёт перед ними ограниченную ответственность.

Один из существенных элементов легальной дефиниции товарищества указывает на цель создания ООО КТ – ведение предприятия. На вышеуказанное стоит обратить внимание по двум причинам: первая – это отсутствие единогласия в предмете терминологии, связанной с ведением предприятия; вторая – существенное отличие в способе определения цели коммандитного товарищества и общества с ограниченной ответственностью.

Неоднозначность употребляемой терминологии

Трудности, связанные с толкованием понятия „предприятие" были предметом оживлённого научного диспута уже на почве КХ. Несмотря на очень тщательную разработку этой проблемы, представителям доктрины не удалось прийти к однозначному выводу. Источником такого положения, в первую очередь, является факт, что понятие „предприятие" применялось и применяется в различных контекстах и значениях. В области гражданского права указать можно как минимум три разных варианта толкования понятия „предприятие" (Radwański i Olejniczak, 2011, c. 126). В первом варианте понятию предприятие придается значение субъекта, т.е. предприятие – это просто субъект права. Это значение с богатым историческим фоном, охватывающим

как довоенное законодательство (пр. распоряжение Президента Республики Польша от 25 июня 1924 г. о балансировании в злотых и определении в злотых собственных капиталов предприятий, обязанных вести торговые книги), так и послевоенное (пр. Указ от 26 октября 1950 г. о государственных предприятиях, признающий, согласно ст. 2, наличие юридической личности у предприятий), а также современное (пр. Объявление Председателя парламента от 13 сентября 2013 г. по делу объявления унифицированного текста закона о государственных предприятиях, признающее за госпредприятием статус предпринимателя и юридическую личность). И хотя субъектное изложение понятия „предприятие" может казаться неприемлемым в области коммандитного товарищества, то стоит обратить на него внимание, поскольку не только у представителей юридических наук, но и у самого законодателя существуют тенденция к отождествлению терминов „предприятие" и „предприниматель" и тенденция к причислению хозяйственных товариществ и обществ к предприятиям (см. ст. 851 КЦ, в которой речь идёт о гостиничном и гастрономическом предприятиях как об отдельных субъектах гражданского права; ср. Naworski, 2008, с. 196–197; Kruczalak, 1996, с. 78–88; Bierć, 1998, с. 23).

Кроме субъектного значения понятия „предприятие", употребляется предметное значение, называемое иногда имущественно-организационным (Herbet, 2004), а в довоенной науке – объективным (Allerhand, 1935). В ККХ термин „предприятие" в предметном изложении появляется в частности в ст. 33 и 116, в которых регулируется вопрос ответственности товарищей по обязательствам, возникшим в связи с ведением предприятия, внесенного как вклад в полное (коммандитное) товарищество, и ст. 228 ККХ, п. 3 которой регулирует возможность отчуждать (либо сдавать в аренду) предприятие (либо его часть) общества с ограниченной ответственностью. Одновременно термином „предприятие" в предметном изложении пользуется законодатель в гражданском кодексе (далее: КЦ). Термин этот в КЦ появился в начале 90-х годов (до того, как законодатель восстановил в КХ положения о коммандитном товариществе), зато через два года после вступления в силу положений ККХ формула предприятия на почве КЦ была подвергнута глубоким переменам. Первоначально применяемое в ст. 55^1 КЦ выражение „совокупность нематериальных и материальных составных элементов" (Закон от 28 июля 1990 г. об изменении закона – Гражданский кодекс, Dz. U. nr 55, poz. 321) было заменено выражением „организованная совокупность нематериальных и материальных составных элементов" (Закон от 14 февраля 2003 г. о изменении закона – Гражданский кодекс и некоторых других законов,

Dz. U. nr 49, poz. 408), а вместо термина „реализация определенных хозяйственных заданий" установлен был термин в более узком значении „ведение хозяйственной деятельности". Следует согласиться с тезисом (Naworski, 2008, с. 198), что это чёткое отклонение от решений, вытекающих из распоряжения Президента РП от 27 октября 1933 г. – Кодекс обязательств (Dz. U. nr 82, poz. 598), по которым к термину „предприятие" относились дополнительно субъекты, преследующие цели не коммерческие.

Изложенный вопрос особенно существен для основы хозяйственных товариществ и обществ, поскольку рядом с ранее указанными положениями KCX, в которых законодатель оперирует термином „предприятие", появляется выражение „ведение предприятия", по отношению к которому формулируется тезис, что, в сущности, речь идёт о ведении предприятия в предметном (объективном) варианте толкования. Главным аргументом, поддерживающим это мнение, является предположение – согласно концепции единства гражданского права, – что законодатель, пользуясь определённым термином, применяет его всегда в том же самом значении, тем более, что для термина „предприятие" установлена легальная дефиниция в КЦ. Кроме того, обращается внимание на одновременное функционирование в пределах предпринимательского права двух различных понятий: „ведение предприятия" по отношению к хозяйственным товариществам и обществам, а также „ведение хозяйственной деятельности" по отношению к предпринимателям (ст. 2 УСДГ). Уход от этого последнего термина, по мнению некоторых представителей доктрины, можно интерпретировать в пользу тезиса о необходимости толкования термина „предприятие" предметно (Szwaja i Mika, 2012; Kidyba, 2013).

Очередной способ толкования термина „предприятие" – функциональный, с точки зрения довоенной науки названный субъективным и обозначающий определённую деятельность для осуществления какой-то цели (Allerhand, 1935). Законодатель употребляет термин „предприятие" в частности в ст. 2 § 1, ст. 4 § 2, ст. 143 и ст. 151, а также ст. 39–53 KX, причём в указанных положениях предприятие отличается (ст. 39–53 и ст. 151 KX) от заработного предприятия (ст. 2 § 1, ст. 4 § 2 и ст. 143 KX). Термин „заработного предприятия" в свете KX сплетался с двумя иными терминами, а именно: с терминами „купец" и „регистрационный купец" (Litwińska, 1993, с. 8). Купцом признавали того, кто от собственного имени вёл заработное предприятие, а регистрационным купцом того, кто вёл заработное предприятие более крупного масштаба (в том числе каждое товарищество и общество). Термин „купец" существует также в основе немецкого права, по образцу кото-

рого создавались законы польским законодателем. Соответственно в § 1 аб. 1 *Handelsgesetzbuch* (HGB) купцом признается тот, кто ведёт *Handelsgewerbe*, то есть в точном языковом значении деятельность, связанную с покупкой и продажей товаров – деятельность торговую, купеческую (Duden, 2003), а по закону языковое значение термина *Handelsgewerbe* следует расширить на каждую *Gewerbe*, поскольку вид либо масштаб предприятия этому не препятствуют (§ 1 аб. 2 HGB). Следовательно, в свете немецкого права термины *Gewerbe* и *Handelsgewerbe* употребляются (в огромном большинстве случаев) взаимозаменяемо. К тому же, ни один из обсуждаемых терминов не сопрягается безусловно с термином „предприятие", о чём в первую очередь свидетельствует находящаяся в немецком словаре дефиниция самого термина *Gewerbe*, которая подразумевает профессиональную деятельность, направленную на заработную цель, исключающую свободные профессии, сельскохозяйственные и лесохозяйственные хозяйства, рыболовство и горную промышленность (Duden, 2003); затем способ осуществления переводов того же термина на польский язык, как: 1) ремесло, промышленность, производство; 2) занятие, профессия; 3) (пренебрежительно) дело, осуществление деятельности; 4) хозяйственная деятельность, за исключением свободных профессий (Langenscheidts Taschenwörterbuch Deutsch, 2000; Duży słownik, 2006), но превыше всего содержание § 1 аб. 2 и § 2 пр. 1 HGB, в мысль которого *explicite* допускается возможность вести предприятие, которое не удовлетворяет предпосылкам ведения *Handelsgewerbe*. Иным аспектом освещаемого вопроса, озвученным в ходе диспута, является функционирование в немецком языке слова *Unternehmen*, которое толкуется именно так, как польское слово „предприятие" (Litwińska, 1993). Вышеуказанные обстоятельства казались большинству, в свете довоенной науки, достаточными для одобрения тезиса о необходимости ввести различия в употреблении термина „предприятие" в смысле объективном и термина „заработное предприятие" в смысле функциональном (Namitkiewicz, 1934; Allerhand, 1935; Janczewski, 1947) особенно потому, что предприятию в предметном смысле законодатель посвящал отдельный раздел KX. На почве KCX обсуждаемый вопрос представляется не так ясно. В актуальных законоположениях отсутствует различие между „предприятием" и „заработным предприятием", так как законодатель пользуется исключительно термином „предприятие", а законоположения об отчуждении предприятия находятся ныне в КЦ. Однако кажется, что эти изменения не столь значительны, чтобы обосновывать уход от выработанной в период применения KX доминирующей точки зрения учёных о толковании на почве коммерческого права термина „предприятие" иначе,

чем следует это из легальной дефиниции предприятия, вытекающей из КЦ. Обоснованность такого мнения следует из того, что изменения содержания положений ККХ по сравнению с аналогичными положениями КХ довольно ограниченны и никак не указывают на замысел законодателя внедрять существенные изменения этих институтов.

Способ толкования термина „предприятие" имеет важное значение для права хозяйственных товариществ и обществ, так как законодатель, особенно по отношению к хозяйственным товариществам, весьма часто пользуется термином „ведение предприятия". Выражение это появляется в ККХ в ст. 8 § 2, в силу которого товарищество ведёт предприятие от собственного имени (дословно: „под собственной фирмой"); ст. 22 § 1, в силу которого полное товарищество ведёт предприятие от собственного имени; ст. 86 § 1, в силу которого партнёрское товарищество создаётся для осуществления свободной профессии в товариществе, намеренном вести предприятие от собственного имени, и ст. 102 и 125, в силу которых как коммандитное, так и коммандитно-акционерное товарищество ставит себе целью вести предприятие. Как можно заметить, все перечисленные положения (за исключением ст. 8 § 2 ККХ) имеют отношение к легальным дефинициям возможных форм хозяйственных товариществ. Одновременно элемент ведения предприятия не появляется ни в легальной дефиниции общества с ограниченной ответственностью, ни в дефиниции акционерного общества, что позволяет принять тезис о существенности юридического значения наличия этого элемента в рамках каждой формы хозяйственного товарищества. Прямым результатом признания трёх способов толкования термина „предприятие" является отсутствие единомыслия в толковании термина „ведение предприятия". Правда, в приведенном контексте, как правило, исключается субъективное толкование выражения „вести предприятие", но остаются ещё два варианта, т.е. предметный и функциональный, в пользу которых говорят определённые обстоятельства. В пользу предметного значения говорят следующие обстоятельства: 1) уход законодателя от формулы „осуществление хозяйственной деятельности"; 2) установление дефиниции „предприятия" в ст. 55^1 КЦ; 3) отсутствие легальной дефиниции „ведение предприятия", а также установление в ст. 2 ККХ ссылки на непосредственное применение положений КЦ в ситуациях, не урегулированных в ККХ (Szwaja, 2001; Strzępka i Zielińska, 2005; Bielski, 2005). В пользу функционального значения термина „ведение предприятия" (Naworski, 2011; Herbet, 2004; Pinior, 2013) говорят, в свою очередь, частично уже обсуждённые, исторические обстоятельства, хотя следует заметить, что в доктрине появлялись сторонники объективного значения (Fenichel,

1936). В литературе появились также ссылки на языковую интерпретацию выражения „вести предприятие", которое, по мнению некоторых представителей доктрины, отчётливо обозначает ведение деятельности в определённой сфере (Naworski, 2008). Очередным аргументом тезиса о том, что законодатель воспользовался функциональным значением выражения „вести предприятие", является констатация, замещённая в обосновании Закона от 14 февраля 2003 г. об изменении закона Гражданский кодекс и некоторых иных законов (Dz. U. nr 49, poz. 408), в которой законодатель отмечает, что на почве KЦ выражения „ведение предприятия" и „хозяйственная деятельность" не являются двумя различными терминами и надо им придавать то же самое значение (Druk Sejmowy nr 666 z dn. 2 lipca 2002 r.).

О том, насколько разнообразными по отношению к проблематике предприятия являются высказываемые мнения, свидетельствует факт отсутствия в польской доктрине единомыслия по вопросу, который в нынешнем правовом состоянии не должен вызывать сомнений. Речь идет о масштабе предприятия, которое должно вести товарищество. Законоположениями KX создана была необходимость вести „[заработное предприятие] крупнейшего масштаба", в связи с чем элемент этот считался одним из *essentialia negotii* договора товарищества на вере. В нынешнем правовом состоянии законодатель ушёл от предыдущей формулы и употребляет просто термин „предприятие". И хотя в связи с этим обстоятельством большинство представителей юриспруденции признаёт предпосылку создания товариществом предприятия крупнейших размеров недействительной, но появляются голоса, которые поддерживают обоснование классифицирования организационно-правовых форм, исходя из размера создаваемого предприятия (Szwaja, 2006, c. 676; Szumański, 2008, c. 893). Однако кажется, что для сформулированного таким образом тезиса довольно сложно найти среди актуальных законоположений нормативные основы, особенно в свете того, что законодатель принял решение об отмене обязательного характера преобразования простого товарищества в полное[3]. К тому же, для классифицирования правовых форм осуществления хозяйственной деятельности, исходя из размера деятельности, пожалуй, нелегко привести неоспариваемую экономическую аргументацию. В следствие

[3] До 2009 г. преобразование простого товарищества в полное признавалось принудительным, когда прибыль участников простого товарищества непосредственно в двух последовательных отчётных периодах превышала уровень, вытекающий из особенных законоположений, от которого законодатель обязывал вести расчётные книги.

допустимости определённых форм товариществ на основе размера создаваемого предприятия значительно уменьшилась бы конкурентоспособность польского коммерческого права на фоне законодательства других стран Евросоюза, что привело бы к противоречию с целями, освещёнными в проектах главнейших коммерческих нормативных актов.

Вопрос определения цели хозяйственного товарищества

Согласно ст. 102 KCX коммандитным товариществом признаётся товарищество, которое имеет цель – вести предприятие под собственной фирмой. Содержание этой статьи предполагает, что цель товарищества на вере – вести предприятие. Различные варианты придания значения термину „предприятие" находят своё отражение также в вопросе об определении цели хозяйственного товарищества. Следовательно, можно выделить три главных подхода.

Первый подход учитывает выраженное в обосновании Закона от 2003 г. об изменении закона Гражданский кодекс указание о тождественности выражений „вести предприятие" и „осуществлять хозяйственную деятельность". Согласно этому подходу целью товарищества на вере является осуществление хозяйственной деятельности в смысле, вытекающим из закона о свободе хозяйственной деятельности. Следовательно, заработной деятельности, осуществляемой организованно и постоянно. Этот подход, бесспорно, главенствует среди других. Следующая концепция предполагает, что термин „цель товарищества" обозначает каждую хозяйственную цель, в том числе не связанную с заработком, пр. дидактическую или научно-исследовательскую деятельность (Sołtysiński, 2006). Существует также подход, который пытается совместить оба варианта толкования. Как правило, суть его заключается в том, что цель товарищества – это цель заработного характера, которая одновременно допускает некоторые исключения, например: оказание услуги по цене, исключающей извлечение товариществом прибыли (Pyzioł, 2004). В доктрине высказано было и такое мнение, согласно которому законным является осуществление цели не заработного характера в рамках коммандитного товарищества (т.е. *de facto* каждой цели, в том числе и не хозяйственной; не направленной на извлечение прибыли). Благодаря такому подходу в рамках товарищества на вере можно осуществлять не только научную или дидак-

тическую деятельность, но и „развивательно-исследовательскую" либо благотворительную (Kopczyńska–Pieczniak, 2003).

Аналогичные трудности не появляются в ходе рассуждения об основе общества с ограниченной ответственностью. Содержание ст. 151 § 1 KCX предрешает возможность создания общества для осуществления каждой допустимой законом цели. Единственные ограничения в предмете осуществления цели в рамках ООО могут вытекать из принятых законом исключений использования формы ООО, сопряжённых, как правило, с указом об использовании определенной организационно-правовой формы при реализации конкретных видов деятельности, например: использование формы акционерного общества для ведения банковской деятельности или товарищества для совместной деятельности юрисконсультов. Подобным образом, когда ООО является одновременно полным товарищем коммандитного товарищества, цель самого ООО (в рамках его собственной деятельности) не подвергается дополнительному ограничению и благодаря этому ООО может реализовать произвольные мероприятия, если они не противоречат ст. 151 § 1 KCX.

Вышеуказанные правовые регуляции обозначают, что в товариществе ООО КТ в рамках одной организационно-правовой структуры действуют два разных субъекта гражданского права, один из которых (коммандитное товарищество) подлежит определенным (вытекающим из легальной дефиниции – ст. 102 KCX) ограничениям, зато другой субъект (общество с ограниченной ответственностью) свободен от подобных ограничений. При этом к обоим субъектам применяется ст. 3 KCX, определяющая совместную дефиницию хозяйственных товариществ и обществ. Согласно этой дефиниции заключение договора хозяйственного товарищества (общества) отражает взаимное обязательство сторон этого договора в виде стремления к достижению совместной цели, а основной способ её реализации – это исполнение обязательств в форме внесения вклада. *Ergo* по закону единственным обязательным условием кооперации участников товарищества (общества) является внесение вкладов, а кооперация, осуществляемая в иной форме, нежели внесение вкладов, может вытекать либо из договора товарищества (общества), либо из устава, т.е. её характер вытекает исключительно из желания (воли) участников. Следовательно, заключение договора хозяйственного товарищества или общества, с одной стороны, порождает для товарищей (участников) законную обязанность осуществления вкладов, а с другой – даёт им право предпринимать дополнительные действия, направленные на реализацию сов-

местной цели, что и предопределяет факультативный характер таких видов деятельности.

В этот момент появляется проблема понимания термина „совместная цель", к которой обязуются стремиться товарищи (участники). Без сомнения, фактической целью создания хозяйственных товариществ и обществ является идея получения определённой прибыли от использования синергетического эффекта, который, хотя во многих случаях не тождественный с какой-либо материальной прибылью, но всегда представляет собой положительную ценность. Естественно, появляется и очередной вопрос: насколько законоположения о товариществах и обществах составляют надежные основы для рассуждения о том, чем является та же совместная цель участников товарищества (общества), осуществление которой происходит в форме товарищества или общества? Вероятнее всего, ни одно законоположение не в силах составить основы для такого рассуждения по двум причинам: во-первых, совместная цель участников товарищества (общества) не имеет практического значения в области коммерческого права, так как предметом деятельности законодателя не является определение значения абстрактных понятий, но определение взаимных правоотношений между субъектами; во-вторых, правовое значение имеет не столько данная цель, сколько способы, какими участники товарищества (общества) эту цель осуществляют, т.е. ключевое значение имеет единственное обстоятельство: находятся ли эти способы в пределах права. За принятием такого тезиса может стоять тот факт, что законодатель в рамках понятия цели только раз воспользовался значением „то, к чему направлено стремление" (Wielki słownik języka polskiego PAN, 2007), именно в дефиниции хозяйственного товарищества и общества.

В дефинициях, затрагивающих конкретное товарищество или общество (или их группу), определение цели не появляется (ст. 8 § 1–2, ст. 11 § 1–3, ст. 22 § 1, ст. 301 § 1–5 KCX) или же появляется в причинном значении как „то, что ведёт к чему-то определённому (становится причиной чего-то определённого – E.B.)" (Wielki słownik języka polskiego PAN, 2007) (ст. 86 § 1, ст. 151 KCX). Исключение составляют дефиниции товарищества на вере и товарищества коммандитно-акционерного (ст. 102 и 125 KCX), в которых законодатель применяет крайне неудачную формулу „имеющая за цель вести предприятие". Процитированная формула, по некоторым причинам вызывает возражения. Во-первых, способ редакции дефиниции в этом законоположении отличается от способа редакции дефиниции остальных товариществ и обществ, что – в свете идеи рационального законодателя (Wronkowska i Ziembiński, 2001, с. 133–138) – заставляет делать вывод,

что это было, якобы, намеренное законотворческое действие. Во-вторых, применённая формула, учитывая идею рационального законодателя, должна была бы содержать термин „цель" – как в ст. 102 и 125, так и в ст. 3 KCX – в том же самом смысле. С такими тезисами, естественно, нельзя согласиться. Прежде всего потому, что предположение об отличии товариществ и обществ на ином, нежели организационном уровне недопустимо в свете ст. 3 KCX. Каждое товарищество (общество) является по своему существу одним из возможных способов стремления к достижению совместных целей заинтересованных лиц, и, как правило, выбор этого способа (в том числе и выбор правовой формы действия) зависит в основном от тех же лиц. В этом плане не может быть принят тезис о том, что якобы, товарищества создавались в основном по другим причинам, нежели общества, а тем более что, якобы, полное товарищество создавалось по другим поводам, нежели товарищество на вере. Кроме того, предположение о существовании цели товарищества (общества), созданной по образу совместной цели товарищей (участников), кажется малоубедительным. Законодатель, правда, признаёт каждое общество (юридическое лицо) и каждое товарищество (не юридическое лицо) субъектом права, однако это не меняет обстоятельства, что целью товарищества (общества) может быть стремление к достижению определённой цели (т.е. цель в причинном значении), а не может быть ею сам результат этого стремления. Одобрение такого разделения значений термина „цель" позволяет избежать ситуации, в которой толкование законоположений о товариществах и обществах приводит к противоречию между совместной целью товарищей (участников) и целью самого товарищества (общества). Причём этот раздел позволяет (в логическом аспекте) верно объединить совместную цель товарищей (участников) с целью товарищества (общества), т.е. товарищи (участники) осуществляют свою совместную цель через создание определённой организационно-правовой формы, а форма эта сопрягается с указанием реализовать эту цель в определённый способ. Как результат выбора организационно-правовой формы, ведущей к достижению цели, естественно, может следовать ограничение допускаемых способов достижения совместной цели товарищей (участников).

Заключительные выводы

Актуальная формула дефиниции коммандитного товарищества по ст. 102 KCX, особенно на фоне дефиниции остальных товариществ и обществ, даёт основание предположить, что ведение предприятия

причисляется безусловно к *essentialia negotii* договора товарищества на вере. Учитывая сделанные в предыдущих разделах оговорки, следует добавить, что создание коммандитного товарищества в польском законодательстве означает для товарищей этого товарищества ограничение их возможности осуществлять совместную цель в двух планах: во-первых, предпринимаемые действия должны находиться в пределах, допускаемых правом; а во-вторых, они не должны выходить за пределы дефиниции ведения предприятия. Не иначе ситуация выглядит в ООО КТ, которое в рамках действий осуществляемых от своего собственного имени, может реализовать цель товарищей единственно через законные и одновременно допускаемые в пределах ведения предприятия действия. Всякие действия вне вышеуказанных рамок ООО может осуществлять только в пределах собственной деятельности, осуществляемой от собственного имени.

В этот момент возникает практическая проблема функционирования ООО КТ. ООО, которое в ООО КТ приобретает статус полного товарища, в силу закона получает право управлять этим товариществом и вести его дела. Следовательно, один и тот же субъект выступает в правоотношениях в двойной роли: во-первых, как полный товарищ, и, во-вторых, как обычное ООО. И хотя формально разделить эти роли несложно, то на практике такой раздел, в большинстве случаев, фиктивный.

Приведённые рассуждения показывают, что основа права товариществ и обществ в области терминологии, связанной с ведением предприятия, помимо выработанных доктриной восприимчивых идеи, остаётся в высшей степени неоднозначной. Несмотря на долголетнюю историю коммандитного товарищества, сомнения, связанные с толкованием нормативного значения законоположений, проявляются уже на уровне его дефиниции. Предположительно, актуальная ситуация будет подвергнута ревизии в ходе динамического развития экономических механизмов. Рыночная практика приведёт в результате к ревизии правовых норм и упорядочению терминологической сетки (согласно постулату A. Herbet, 2004). Одновременно остаётся неясным, возможно ли, с технической точки зрения, достижение удовлетворительной „прецизионности" на уровне нормативных законоположений и позволит ли это представителям доктрины прийти к единогласию в вопросах того, например, какого типа мероприятия можно осуществлять в форме коммандитного товарищества, а какие мероприятия находятся вне пределов допускаемой деятельности для этой организационно-правовой формы. Нельзя исключить при этом и таких обстоятельств, которые приведут к выводу, что идея унификации допустимых видов

деятельности в товариществе и обществе (см. Kopczyńska–Pieczniak, 2003) станет инструментом более соответствующим закреплённой рыночной практике, чем классически принимаемая их дифференциация.

Биографическая аннотация:

филолог (специальность: германская филология), аспирантка Кафедры Гражданского, Коммерческого и Страхового Права Университета им. Адама Мицкевича в Познани.

Литература

Allerhand, M. (1935). *Kodeks handlowy. Komentarz*. Lwów: „Kodeks" Spółka Wydawnicza.

Bielski, P. (2005). *Pojęcie przedsiębiorcy w systemie prawa polskiego (zagadnienia konstrukcyjne)*. Gdańsk: Fundacja Rozwoju Uniwersytetu Gdańskiego.

Bierć, A. (1998). Sytuacja prawna przedsiębiorcy. Zagadnienia wybrane. *Studia Prawnicze*, (3), 5–69.

Duden. Deutsches Universalwörterbuch. (2003). K. Kunkel-Razum i in. (red. nauk.). Mannheim, Lipsk, Wiedeń, Zurych: Duden.

Duży słownik. Niemiecko-polski, polsko-niemiecki. (2006). A. Flaczyńska-Kaczmarek i in. (red.). Poznań: Pons.

Fenichel, Z. (1936). *Kodeks handlowy. Komentarz*. T. Dziurzyński i in. (red.). Kraków: Księgarnia Powszechna.

Herbet, A. (2004). *Spółka komandytowa według Kodeksu spółek handlowych. Komentarz*. Lublin: Towarzystwo Naukowe KUL.

Janczewski, S. (1947). *Prawo handlowe, wekslowe i czekowe*. Warszawa: Wydawnictwo: „Przemiany".

Kappes, A. (2014). *Spółka komandytowa*. A. Kidyba (red. nauk.). Warszawa: Wolters Kluwer.

Kidyba, A. (2013). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz LEX. Tom I. Komentarz do art. 1–300 k.s.h.* Warszawa: Wolters Kluwer.

Kopczyńska-Pieczniak, K. (2003). Uwagi na tle uregulowania zakazu konkurencji w kodeksie spółek handlowych, *Rejent*, (6), 99–121.

Kruczalak, K. (1996). *Prawo handlowe. Zarys wykładu*. Warszawa: Wydawnictwa Prawnicze PWN.

Langenscheidts Taschenwörterbuch Deutsch. Polnisch-Deutsch, deutsch-polnisch. (2000). S. Walewski i in. (red.). Berlin, Monachium, Wiedeń, Zurych, Nowy Jork: Langenscheidt.

Litwińska, M. (1993). Pojęcie przedsiębiorstwa w prawie handlowym i cywilnym. Przedsiębiorstwo jako przedmiot obrotu (I). *Przegląd Prawa Handlowego*, (4), 7–11.

Namitkiewicz, J. (1934). *Kodeks handlowy. Komentarz. Tom I*. Warszawa: Towarzystwo Wydawnicze Młodych Prawników i Ekonomistów.

Naworski, E. (2011). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł I. Przepisy ogólne. Tytuł II. Spółki osobowe. Tom I*. T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (red.). Warszawa: LexisNexis.

Naworski, E. (2008). *Prawo spółek osobowych. Tom 16*. A. Szajkowski (red.). Warszawa: C.H. Beck.

Pinior, P. (2013). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. J.A. Strzępka (red.). Warszawa: C.H. Beck.

Pyzioł, W. (2004). *Prawo spółek*. W. Pyzioł i in. (red.). Bydgoszcz, Kraków: Branta.
Radwański, Z., Olejniczak, A. (2011). *Prawo cywilne – część ogólna*. Warszawa: C.H. Beck.
Siemiątkowski, T. (2000). Kodeks spółek handlowych – nowa kodyfikacja spółek. *Palestra*, (9–10), 7–21.
Sołtysiński, S. (2006). *Kodeks spółek handlowych. Tom I. Komentarz do artykułów 1–150*. S. Sołtysiński i in. (red.). Warszawa: C.H. Beck.
Strzępka, J., Zielińska, E. (2005). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Orzecznictwo*. J. Strzępka i in. (red.). Warszawa: C.H. Beck.
Szumański, A. (2008). *System prawa prywatnego. Prawo spółek osobowych. Tom XVI*. A. Szajkowski (red.). Warszawa: C.H. Beck.
Szwaja, J., Mika, I.B. (2012). *Kodeks spółek handlowych. Tom I. Przepisy ogólne, spółki osobowe. Komentarz do artykułów 1–150*. S. Sołtysiński i in. (red.). Warszawa: C.H. Beck.
Szwaja, J. (2006). *Kodeks spółek handlowych. Tom I. Komentarz do artykułów 1–150*. S. Sołtysiński i in. (red.). Warszawa: C.H. Beck.
Szwaja, J. (2001). Nowy Kodeks spółek handlowych (cz. I). *Prawo Spółek*, (1), 4–12.
Wielki słownik języka polskiego PAN. (2007). P. Żmigrodzki (red.). Kraków: Instytut języka polskiego PAN.
Wronkowska, S., Ziembiński, Z. (2001). *Zarys teorii prawa*. Poznań: Ars boni et aequi.

Przedsiębiorstwo w spółce komandytowej z udziałem spółki z ograniczoną odpowiedzialnością

Streszczenie

Dnia 1 stycznia 2001 r. wszedł w życie art. 104 § 2 (według aktualnego stanu prawnego art. 104 § 3 Kodeksu spółek handlowych; Dz. U. z 2013 r., poz. 1030), na mocy którego *explicite* dopuszczono w prawie polskim tworzenie spółek komandytowych z udziałem osób prawnych, w tym z udziałem spółek z ograniczoną odpowiedzialnością w charakterze komplementariusza, co jasno wynika z brzmienia art. 107 § 3 KSH. W świetle prawa taka spółka ma na celu prowadzenie przedsiębiorstwa. Jednakże ożywiona dyskusja naukowa wśród uczonych nie przyniosła skutku w postaci jednolitego stanowiska doktryny w przedmiocie tego, jakie znaczenie należy nadawać stosowanym przez prawodawcę określeniom „cel spółki" i „prowadzenie przedsiębiorstwa". W artykule zaprezentowano główne poglądy w spornych kwestiach, przeanalizowano brak spójności w stosowanej przez prawodawcę terminologii, przedstawiono problem zróżnicowania celu spółki komandytowej i celu spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, a także zaproponowano rozwiązania pozwalające wyeliminować przynajmniej część trudności teoretycznych oraz mogących wystąpić w praktyce.

Słowa kluczowe: spółka komandytowa, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, cel, przedsiębiorstwo, pojęcie, niespójność terminologiczna.

RÓŻA DZIEWA-NOWACKA

Appeals against resolutions adopted by management boards and supervisory boards of companies

Zaskarżanie uchwał zarządu i rady nadzorczej w spółkach kapitałowych

Summary

The appeal against resolutions passed by the management board and the supervisory board has been arousing numerous controversies for a long time. The applicable Code of Commercial Companies and Partnerships does not straightforwardly provide for the possibility to appeal against such resolutions. The representatives of legal doctrine and judicature have many times attempted to resolve this issue. It might seem that case-law, most notably the resolution of the Supreme Court dated 18th September 2013, III CZP 13/13, completely dispels any doubts. The Supreme Court holds that resolutions adopted by a limited liability company's management board, supervisory board and auditing committee, as well as by a joint-stock company's management board and supervisory board may be appealed through an action for determination (Art. 189 of the Code of Civil Procedure in connection with Art. 58 of the Civil Code). However, considering many doubts that still arise, relevant regulations are postulated to be implemented in the Code of Commercial Companies and Partnerships. Such solution would affect the certainty of legal transactions, become a real defence of entrepreneurs, and primarily curb the courts' freedom to resolve cases that interest us.

Key words: resolution, management board, supervisory board, appeal, action, invalidity.

1. Introduction

The Code of Commercial Companies and Partnerships does not straightforwardly set forth the possibility to appeal against resolutions adopted by the management board and the supervisory board of companies. First and foremost, the Code does not contain any premises of such appeal, its mode and time limits. The legislature did not find it necessary to regulate such issues in the Code, leaving this matter to be handled at an intra-corporate level. In the light of practical experience, a decisive majority of company's documents does not regulate a mode of appealing against resolutions of the company's governing bodies. Growing doubts about appealing against resolutions of the company's governing bodies give rise to considerations that aim at resolving this issue. The problem has repeatedly been analysed by the legal doctrine, in particular it has been broadly discussed by prof. Stanisław Sołtysiński. This issue has also been settled by courts, most notably by the Supreme Court. The last resolution of the Supreme Court dated 18th September 2013, case file: III CZP 13/13, seemed to definitely dispel any doubts about resolutions adopted by management boards and supervisory boards of companies. In fact, this resolution passed over issues essential for the law application. Bearing in mind the fact that this topic is disputable and its perception changes, it is appropriate to re-analyse the aforesaid issue.

2. Essence of resolutions adopted by the company's governing bodies

Before commencing considering an appeal against resolutions adopted by the management board and the supervisory board, it is essential to briefly discuss resolutions *sensu stricto*. Both the management board and the supervisory board, acting as corporate bodies, express their willingness through resolutions, the adoption of which is primarily governed by Art. 208 and Art. 222 § 1 of the Code of Commercial Companies and Partnerships with respect to limited liability companies and by Art. 371 and Art. 388 of the Code of Commercial Companies and Partnerships with respect to joint-stock companies. Therefore, such resolutions constitute a proper form of expression of corporate bodies (Radwański, 2008, p. 181 *et seq*.; see also: Chomiuk, 2014, p. 881). This means that the adoption of resolutions constitutes a fundamental way of acting by the management board or the supervisory board, and therefore this is the only way to express their willingness acting as the company's governing bodies (*cf.* Popiołek, 2008, p. 437). The legal doctrine

classifies three types of resolutions (*cf.* Chomiuk, 2014, p. 881, after Radwański, 2008);

1) a resolution that produces external effects, e.g. the conclusion of an employment contract with a management board member of a limited liability company on the basis of the right vested with the supervisory board under Art. 210 of the Code of Commercial Companies and Partnerships;
2) a resolution that is required to take specific legal actions, e.g. the supervisory board's consent to allow the management board to perform an act-in-law;
3) a resolution that produces internal effects, e.g. the provision of a management board's report on a company's operations to a meeting of shareholders or a general meeting of shareholders.

When adopting resolutions, it is necessary to bear in mind procedural issues; resolutions may be adopted correctly only if all the members have been duly notified of the governing body's meeting. As for the management board, in pursuance of Art. 208 and Art. 371 of the Code of Commercial Companies and Partnerships, such resolutions are passed – as a matter of principle – by an absolute majority of votes. The supervisory board of a joint-stock company may broadly adopt resolution by the same majority of votes (Art. 391 § 1 of the Code of Commercial Companies and Partnerships). The legislature differently regulates the supervisory board of a limited liability company as this board does not need an absolute majority of votes to adopt resolutions. As aptly observed, in this case the law does not provide for too stringent requirements, the observance of which is essential for such bodies to duly adopt resolutions (Kwaśnicki and Romatowska, 2010, p. 49). This is obviously due to the fact that most of the supervisory board's resolutions are of an internal nature, whereas in the limited liability company this board is not a compulsory body.

As S. Sołtysiński and A. Opalski rightly pointed out, despite numerous similarities, resolutions of the management board and the supervisory board considerably differ from each other (Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 6). This is a consequence of a special character of these bodies. First of all, the supervisory board acting as an internal body supervises and controls the management board's activities. Consequently, this body acts externally only in well-defined cases. It is different for the management board. As the authors rightly pointed out, the management board's resolutions are frequently of an external nature. Therefore, resolutions that apply to the company's transactions with third parties require the collective willingness to be transformed into a representation act. As a result, the fault of the management board's resolution does not affect the fault of the representation act as it does not

cause any legal effects within the legal sphere of third parties. The representation of the company by management board members is separated from its intra-corporate basis in a form of the management board's resolution (Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 6).

When going into resolutions *sensu stricto*, it is necessary to consider their legal nature. In order to systematize any further considerations, it is essential to decide whether resolutions adopted by the management board and the supervisory board may be considered as acts-in-law or not. It is important due to the fact that such decision is associated with a mode and principles of any possible appeal against the aforesaid legal acts through bringing the action for challenging the adopted resolutions. Undoubtedly, it is hard to resolve this issue as demonstrated by the fact that the legal nature of resolutions has aroused disputes in the legal doctrine for a very long time. In comparison with the Commercial Code and the applicable Code of Commercial Companies and Partnerships variable opinions on the legal nature of resolutions adopted by the management board and the supervisory board have frequently been expressed (Szwaja and Mika, 2013, p. 815). This is a consequence of absences in the statutory regulation of resolutions. In particular, the essence of the resolution and premises of its validity are not regulated in the Civil Code (Bilewska, 2010, p. 303) that regulates acts-in-law.

In the beginning, the prevalent position was that resolutions adopted by governing bodies of companies were acts-in-law of a special kind (*cf.* Szwaja and Mika 2013, p. 815; after: Spyra, 2008, p. 406; also: Strzelczyk, 2013, p. 606; Marszałkowska-Krześ, 2001, p. 222; Czerniawski, 2004, p. 403; Zięba, 2014, p. 37). This position, however, is presently rarely encountered, but it still has its proponents. According to another legal doctrine opinion not each resolution is an act-in-law. Only such a resolution that leads to specific legal results, creates laws or establishes a legal relationship may be construed as an act-in-law (Szwaja and Mika, 2013, pp. 811–812; Radwański, 2008, p. 183; M. Safjan, 2013, p. 301; Zięba, 2014, pp. 37–38; Strzelczyk, 2013, p. 606; *cf.* Szczurowski, 2008, p. 1019). Depending on the content of the resolution, it should be classified as an act-in-law, part of an act-in-law or an internal act of a corporate body (see: Szwaja and Mika, 2013, p. 812, after: Radwański, 2008, pp. 182–184). In my opinion, this is a correct solution of this issue.

At present, the recognition of those resolutions that cause external legal results, *id est* towards third parties does not raise – as a matter of principle – any doubts (*cf.* Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 8; Bilewska 2010, p. 304; Szumański, 2014, p. 587; differently: judgment of the Appellate Court in Katowice dated 5th November 2009, V ACa 352/09, OSA 2/2011, item. 3, p. 22). Whereas, the possibility to recognize the resolution adopted by the company's governing body that only causes internal results as the act-in-law is

questionable (see: Szwaja and Mika, 2013, p. 812; Zięba, 2014, p. 38). It is essential as many resolutions adopted by the supervisory board and some resolutions passed by the management board lead to such legal results. It applies, for example, to resolutions being grounds for performing corporate procedures such as the supervisory board's resolutions that evaluate the management board's annual reports (Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 9).

Some legal doctrine representatives believe that such resolutions also constitute acts-in-law (*cf. inter alia* Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 9; Radwański, 2008, p. 181; Spyra, 2008, p. 406, Sołtysiński, 2010, pp. 588–589; Zięba, 2014, p. 38; Szumański, 2014, p. 587; Hajos-Iwańska, 2014, pp. 46–47; see: judgment of the Appellate Court in Białystok dated 21st September 2009, I ACA 619/08, OSAB 1/2009, item. 21). In support of the aforesaid position, it is asserted that, among others, even if a resolution of one body pertains to rights or obligations of the other body (this is an internal resolution), competences or rights of representatives of the addressees of this act-in-law (office holders of the other body) change (*cf.* Sołtysiński, 2010, p. 589, after: Radwański, 2008, p. 298). Further, the resolutions having internal results very frequently affect the structure and operation of the legal person, and consequently they also pertain to office holders' rights and obligations, developing the civil-law relationship between the company and the natural person (Radwański, 2008, p. 181; Spyra, 2008, p. 406). To support such understanding of resolutions, it is also indicated that the resolutions having internal results also observe criteria of the act-in-law defined by the legal doctrine (Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 9; after: Radwański, 2008, p. 184; Wolter, 2001, p. 263; Safjan, 2013, p. 301). The objective and result of internal resolutions is to establish, annul or change relationships inside the legal person. Therefore, these resolutions cause consequences analogous to classic acts-in-law.

In my opinion, this line of thought is correct. This means that although not all the resolutions of management boards and supervisory boards constitute acts-in-law, but the great majority of them will be acts-in-law because, as previously stated, they mostly lead to specific legal results (see: Bilewska, 2010, p. 304; Łagowska, 2009, Zięba, 2014, p. 38; Hajos-Iwańska, 2014, p. 47). However, it is particularly necessary to remember that the resolution being an act-in-law should comply with the provisions of the statute with respect to its content and procedure of its adoption (Bilewska, 2010, p. 305, Szumański, 2014, p. 587; judgment of the Supreme Court dated 12th April 2006, III PK 8/06, OSNP 7–8/2007, item 98; differently: Gębusia, 2013, p. 16).

The aforesaid understanding of resolutions is not supported by all legal doctrine representatives. It is also expressly stated that the resolutions having internal results are not acts-in-law. The proponents of this concept assert

that such resolutions do not aim to establish, annul or change the right with third parties (see: *inter alia*: Frąckowiak, 2008, p. 13; Grzesiok, 2002, p. 23; Wiśniewski, 1993, p. 216; *cf.* Cern, 2009, pp. 33–34; Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 10, Opalski, 2006, p. 320).

At the end of the aforesaid considerations it is worth mentioning the position expressed by J. Frąckowiak who asserts that resolutions should be considered as acts-in-law because such acts constitute a conventional act separated from declarations of will or acts-in-law and – as a matter of principle – they only constitute an element of an act-in-law made by a company (see: Frąckowiak, 2008, p. 789; *cf.* judgment of the Appellate Court in Katowice dated 5th November 2009, V ACA 352/09, OSA 2/2011, item 3, p. 22). This position was not approved by legal doctrine representatives and most of judicature (Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 9; after: Banaszczyk, 2010, p. 830; Napierała and Sójka, 2005, p. 31).

To sum up, it cannot be overlooked that fundamental issues concerning resolutions *sensu stricto* raise numerous controversies. The lack of unity at the stage of the understanding of the essence of resolutions lead to newer and newer doubts resulting from the practical implementation of resolutions, and this fact, undoubtedly, affects the direction of interpretation of disputable issues in terms of the enforcement of resolutions and the certainty of legal and economic transactions.

3. Evolution of judicature position

While the procedure for appealing against resolutions adopted by meeting of shareholders of limited liability companies or by meeting of shareholders of joint-stock companies is governed by the provisions of Art. 249–252 of the Code of Commercial Companies and Partnerships and Art. 422–425 of the Code of Commercial Companies and Partnerships, the appeal against resolutions adopted by other governing bodies of such companies is not regulated in the Code of Commercial Companies and Partnerships, at all. In the light of the foregoing, over the years a doubt has arisen as to the admissibility of appealing against such resolutions and eventually its procedure.

Over the years two main theories have been developed in the legal doctrine, namely the first theory according to which the appeal against resolutions of the management board and the supervisory board should be subject to the provisions governing the appeal against resolutions adopted by the meeting of shareholders or the general meeting of shareholders *per analogiam*, whereas according to the other theory, the appeal should be made through the reference as set forth in Art. 2 of the Code of Commercial Com-

panies and Partnerships providing for the proper application of the provisions of the Civil Code. Not only was the legal doctrine unable to agree a uniform stance on appealing against resolutions of management boards and supervisory boards, but also courts and the Supreme Court could not develop any unified jurisprudence for a long time. In this case, case-law of the Supreme Court that has changed the perception of this issue over the years is becoming more and more significant. Three main strands in judicature are illustrated by the following rulings. All of them apply to the appeal against resolutions of supervisory boards but, undeniably, these theses also apply to resolutions adopted by management boards of companies.

3.1. Resolution of the Supreme Court dated 1st September 1993, case file III CZP 114/93

The first significant ruling that refers to the appeal against resolution adopted by companies' governing bodies other than meetings of shareholders or general meetings of shareholders is the resolution of the Supreme Court dated 1st September 1993, III CZP 114/93 (Case-Law of the Supreme Court, Labour/Civil Law Chamber 4/1994, item 73). The Supreme Court argued that: "resolutions of the supervisory board on dismissing and appointing management board members of a joint stock company owned solely by the State may not be appealed through legal actions."

The aforesaid resolution was adopted in the aftermath of a question of law posed by the District Court in Rzeszów, whereby the court drew attention to the fact that the Commercial Code did not regulate the appeal against resolutions of the supervisory board and to any concerns relating to that issue. In the aforesaid resolution, the Supreme Court held that if the Commercial Code did not straightforwardly lay down any action against the supervisory board's resolution (as in case of resolutions adopted by a general meeting of shareholders) and such possibility was not set forth in the articles of association, the supervisory board's defective resolution may not be appealed. The Supreme Court stated that the provision of the Commercial Code should be construed as complete and exhaustive, and hence it should not be supplemented.

This resolution reflects the then opinions expressed by the legal doctrine, but manifestly it does not meet the growing needs of commercial transactions (*cf.* Szumański, 2014, p. 587). As noted, short and quite laconic grounds prevented the explicit interpretation of the Supreme Court's opinion (Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 4). However, this position was present in legal transactions for a very long time.

3.2. Judgment of the Supreme Court dated 20th January 2009, case file II CSK 419/08

Another but entirely different position of the Supreme Court was expressed on the basis of the Code of Commercial Companies and Partnerships in the judgment dated 20th January 2009, case file II CSK 419/08 (Legalis 177690). This judgment lays down that the appeal against resolutions of supervisory boards by way of analogy should be subject to Art. 249–252 of the Code of Commercial Companies and Partnerships that provide for the appeal against resolutions of meetings of shareholders. The Supreme Court pointed out that such solution was justified, *inter alia*, because the appeals *ratio legis* against resolutions of a meeting of shareholders made by discharged members of governing bodies of the company under Art. 249–252 of the Code of Commercial Companies and Partnerships are analogous to the appeals from resolutions of the supervisory board made by such members – in order to protect the stability of the company's relationships and to secure transactions, to what leads the elimination of the subjectively unlimited admissibility of appeals against resolutions.

The Supreme Court admitted that two positions on perceiving the issue covered by the judgment were present in the legal doctrine. According to the first position, resolutions of the supervisory board may be appealed through the reference as set forth in Art. 2 of the Code of Commercial Companies and Partnerships. As for the other position, resolutions of the supervisory board are appealed *per analogiam* on the basis of the provisions that regulate the appeal against resolutions adopted by a meeting of shareholders, *id est* Art. 249–252 of the Code of Commercial Companies and Partnerships. The Supreme Court emphasized that the first option could not be recognized as the legal doctrine did not have a uniform opinion on the legal nature of resolutions and a judgment that might be entered under Art. 189 of the Code of Civil Procedure was of a declaratory nature. Due to those reasons, the Supreme Court acquiesced into the analogous implementation of Art. 249–252 of the Code of Commercial Companies and Partnerships.

Although the opinion of the Supreme Court comes out against expectations of the subject literature that has repeatedly raised the issue of the necessity to implement the possibility to appeal against resolutions of supervisory boards and management boards, it appeared to be insufficient and it was approved by a minor part of the legal doctrine and judicature (see: opinion of the Regional Court expressed in the judgment of the Appellate Court in Katowice dated 22nd March 2013, V ACa 58/13, Legalis 1024737; see: judgment of the Appellate Court in Warsaw dated 18th June 2014, VI ACa 1583/13, Legalis 1091919). As S. Sołtysiński and A. Opalski rightly noted, the

solution adopted by the Supreme Court may ostensibly seem to be attractive. It essentially guarantees time limits for bringing actions that aim at frustrating legal effects of resolutions of the supervisory board and the management board, and thus it stabilizes the process of developing the company's corporate willingness (Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 5). However, this judgment was – in my view rightly – sharply criticized by the overwhelming majority of legal doctrine representatives. The gloss that criticizes the judgment, among others, proves that the opinion of the Supreme Court is not based on the law (Pęczyk-Tofel and Tofel, 2009, p. 1287) and there are no basis for applying by analogy. It was emphasize that Art. 2 of the Code of Commercial Companies and Partnerships straightforwardly instructed to apply the provisions of the Civil Code in all the cases unregulated in the Act. At the same time, this gloss sets forth that the analogy does not ensure the certainty of legal transactions, whereas the provisions of the Code of Commercial Companies and Partnerships regulate a different (towards Art. 58 of the Civil Code) sanction towards resolutions not consistent with the statute and resolutions to be revoked (see: Hajos-Iwańska, 2014, p. 68). Further, the Supreme Court did not handle the right to appeal against resolutions and the way how the analogy should be considered, *id est* whether it should be construed "literally", that is the right to appeal against resolutions should be granted to all the persons as set forth in Art. 250 and Art. 422 § 2 of the Code of Commercial Companies and Partnerships. As it was rightly noted, the literal understanding would considerably modify the function of these provisions as the right would be vested with those individuals who are not members of the governing body, the resolution of which is appealed (Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 6).

3.3. Judgment of the Supreme Court dated 18th February 2010, case file II CSK 449/09

The opinion of the Supreme Court expressed in the judgment of 20th January 2009 was not also shared by another panel of judges of the Supreme Court which one year later, *id est* on 18th February 2010, in case No II CSK 449/09, expressed a different opinion (Monitor Prawniczy 4/2011, p. 210). In this judgment, the Supreme Court held that: "a resolution adopted by the supervisory board of a joint-stock company on discharging a management board member may be appealed through an action for revoking this resolution under Art. 189 of the Code of Civil Procedure in connection with Art. 58 § 1 of the Civil Code". This judgment was welcomed with great enthusiasm by most legal doctrine representatives who had considered such solution as

legitimate for a long time (see *inter alia:* Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 5; Popiołek, 2008, p. 439; Szumański, 2014, p. 587; Kwaśnicki and Romatowska, 2010, p. 59; Szczurowski, 2008, p. 1019; Szwaja and Mika 2013, pp. 818–819; Pabis, 2014, pp. 667–668; Chomiuk, 2014, pp. 887–888; Bilewska, 2010, p. 309; see also: Kidyba, 2013, p. 1030). This judgment was also approved by judicature that frequently referred to the theses as set forth in the aforesaid ruling (see: judgment of the Supreme Court dated 14th March 2012, II CSK 252/11, BSN 6/2012, item 12; judgment of the Supreme Court dated 9th May 2012, V CSK 223/11, OSNC 12/2012, item 145, p. 82; judgment of the Appellate Court in Katowice dated 22nd March 2013, V ACa 58/13, Legalis 1024737; judgment of the Appellate Court in Białystok dated 29th May 2013, I ACa 147/13, Legalis 998770; judgment of the Regional Court in Szczecin dated 25th October 2013, VIII GC 311/12).

In this judgment, the Supreme Court rightly highlighted the necessity to develop solutions that allow any defective resolutions of supervisory boards to be appealed. The loophole in the law prejudges the admissibility of using the analogy (as it was in the judgment from 2009). In the meantime, the Supreme Court noticed that such loophole did not exist in the Code of Commercial Companies and Partnerships. Moreover, the court pointed out that the lack of instruments used to conduct the judicial control of supervisory boards' resolutions, such as in case of resolutions of meetings of shareholders of joint-stock companies, did not mean a loophole as in this case the provisions of Art. 2 of the Code of Commercial Companies and Partnerships would apply. Pursuant to this provision, the cases as referred to in Art. 1 § 1 of the Code of Commercial Companies and Partnerships (including the operation of companies), but not regulated in the provisions of the Code of Commercial Companies and Partnerships, are subject to the provisions of the Civil Code, but if required by characteristics (nature) of a legal relationship of a company, the provisions of the Civil Code apply respectively. The Supreme Court asserted that resolutions of supervisory boards of companies should be subject to Art. 58 § 1 and 2 of the Civil Code without the need to ascertain whether a resolution of the legal person's governing body was an act-in-law (*cf.* Kwaśnicki and Romatowska, 2010, p. 48). Concurrently, the Supreme Court specified a formal and legal basis for an action for revoking the resolution of the supervisory board, referring to Art. 189 of the Code of Civil Procedure that enacts the so-called action for determination whereby the claimant may request the court to ascertain whether the legal relationship or the law exists, if such claimant has legal interest. The Supreme Court noticed that in the light of Art. 189 of the Code of Civil Procedure it was admissible to even make an action, the aim of which was to indirectly determine any existing legal relationships through the annulment or validity of

the actions taken. Such actions may be actions for validity of contracts and resolutions.

In order to acknowledge its view, the Supreme Court also cited the wording of Art. 17 item 4^2 of the Code of Civil Procedure that distinguished cases for revoking, cases for annulment or cases for non-existence of resolutions of all the governing bodies of legal persons (without exceptions), including resolutions of companies' supervisory boards. Moreover, the Supreme Court drew attention to Art. 29 item 5 of the Act of 28th July 2005 on Court Costs in Civil Cases (Journal of Laws of 2014, item 1025) that specified cases for existence or non-existence of a resolution of the company's governing body other than the company's meeting of shareholders.

On the basis of the aforesaid assertions set forth in the grounds of the judgment, the Supreme Court held that the material and legal basis for the appeal against resolutions was Art. 58 § 1 and 2 of the Civil Code that pertained to sanctions imposed on defective acts-in-law. Therefore, the resolution may be appealed when it is inconsistent with the statute or it aims at contravening the statute or it violates the rules of social coexistence.

Undoubtedly, the aforementioned judgment comes out against expectations of the legal doctrine. As rightly noted in the subject literature, in some cases actions based on Art. 189 of the Code of Civil Procedure may be the sole remedy to eliminate from legal transactions the absolutely invalid resolution of the company's supervisory board (*cf.* Kwaśnicki and Romatowska, 2010, p. 48–49; Szumański, 2014, p. 587; Pęczyk-Tofel and Tofel, 2009, p. 1288). Such solution provides greater control over resolutions adopted by management boards and supervisory boards, and hence it enhances the security of individuals suffering from legal consequences of such erroneous resolution.

The action for appealing against the resolution may be brought only by a person who has legal interest in appealing against such resolution. Therefore, what is meant by the "legal interest"? This problem was resolved by the Supreme Court in the judgment dated 22nd November 2013, case file: II CSK 114/13 (Legalis 804285), that asserted the following: "case-law of the Supreme Court repeatedly noted that the nature of legal interest, *id est* the need to initiate specific proceedings and to obtain a specific ruling, was affected by the objectively existing need to protect the claimant's legal sphere. Such legal interest may result from both the direct threat to the claimant's right and it may aim at preventing from such jeopardy. The legal interest may also exist when the legal nature or law is uncertain, a specific situation may violate the claimant's rights or casts doubts on whether such rights exist or may really be enforced." This judgment completely dispels basic doubts regarding the apprehension of legal interest.

As a conclusion, in the event that the entity that brings an action for determination for revoking the resolution does not have any legal interest in appealing against the resolution or such interest is proved, its action will not be considered by the court.

4. Current position of judicature and related problems

Considering any further uncertainty associated with the legal qualification of resolutions passed by management boards and supervisory boards and with the mode of appealing against such resolutions, on 7th February 2013 the First President of the Supreme Court, referring to Art. 60 § 1 of the Act of 23rd November 2002 on Supreme Court (Journal of Laws of 2013, item 499), applied to the Supreme Court comprising a panel of seven judges of the Civil Chamber for adopting a resolution on admissibility of appealing against resolutions of the management board and the supervisory board (auditing committee) of a limited liability company and of a joint-stock company. In the event that the possibility to appeal against the resolutions adopted by the aforesaid governing bodies is acknowledged, the applicant applied for determining whether the legal basis for such appeal should be the provisions of Art. 249–252 of the Code of Commercial Companies and Partnerships and Art. 422–425 of the Code of Commercial Companies and Partnerships applied *per analogiam*, or the provisions of Art. 189 of the Code of Civil Procedure in connection with Art. 58 § 1 or 2 of the Civil Code.

The Supreme Court, in the resolution dated 18th September 2013, III CZP 13/13 (Legalis 731228), finally ruled that "resolutions adopted by a limited liability company's management board, supervisory board and auditing committee as well as by a joint-stock company's management board, supervisory board and auditing committee may be appealed through bringing an action for determination (Art. 189 of the Code of Civil Procedure in connection with Art. 58 of the Civil Code)". Such solution corresponds to the expectations of doctrine representatives as it definitely confirms the possibility to appeal against resolutions of companies' management and supervisory bodies through relevant references from Art. 2 of the Code of Commercial Companies and Partnerships. Although this resolution has not become the legal principle, undoubtedly, it considerably affects the practice of legal transactions".

This resolution is – as a matter of principle – analogous with the view expressed by the Supreme Court in the judgment dated 18th February 2010, case file: II CSK 449/09. The bases of this judgment are also analogous. At the same time, the Supreme Court developed the issue of the legal interest in

appealing against resolutions. As noted by the Supreme Court the management board's legal interest in appealing against resolutions of the supervisory board results from the fact that a substantial part of the latter's resolutions apply to the management board. It may therefore be asserted that resolutions of the supervisory board form the legal nature of the management board. As a result, it leads to the conclusion that management board members, with respect to their function-related duties, have legal interest in appealing against resolutions of the company's supervisory board. This also refers to those resolutions of the supervisory board that affect their personal interest.

The Supreme Court differently resolved the legal interest that pertains to shareholders who are not executive management board members. The Supreme Court saw a risk of granting each shareholder the right to appeal against resolutions of the supervisory board as it would substantially impede the statutory business activity correctly conducted by the company. Therefore, the Supreme Court stated that shareholders have the legal interest in appealing against the resolution adopted by the supervisory board only if such resolution produces legal effects in the area of their membership rights (*cf.* judgment of the Supreme Court dated 14th March 2012, II CSK 252/11, BSN 6/2012, item 12).

The authority of the resolution adopted by the Supreme Court undeniably standardizes case-law. As it has rightly been pointed out, it is necessary to complete the existing dispute. Whereas, legal effects which the resolution implies for the operation of companies, are essential (Kidyba and Dumkiewicz, 2014, p. 39). The agreed model of appealing against resolutions of management boards and supervisory boards is not flawless (*cf.* Zięba, 2014, p. 43).

Firstly, the Supreme Court noticed that the subject literature repeatedly emphasised that resolutions of the management board and the supervisory board might be appealed through bringing an action under Art. 189 of the Code of Civil Procedure only when such resolutions constituted part of an act-in-law or might be construed as acts-in-law. Simultaneously, the Supreme Court abstained from deciding whether resolutions that only led to internal results might be classified as acts-in-law. This issue is, however, essential for the sake of the literal wording of Art. 58 of the Civil Code. In the absence of the determination of the legal qualification, the doubts expressed at the outset of this article are not dispelled. In this case, it is necessary to rely on the legal doctrine's opinion (delineated in the beginning) that, alas, is inconsistent in this issue.

Furthermore, the Supreme Court, through this resolution, diversified legal results of the resolutions inconsistent with the statute. The legal results

of non-consistent resolutions of the company's meeting of shareholders differ from the legal results of resolutions adopted by other governing bodies of such companies (see: Kidyba and Dumkiewicz, 2014, p. 39). As the glossers rightly pointed out, "if a management board member is appointed on the basis of the resolution of the supervisory board that is not consistent with the statute, any future judgment that declares the invalidity of such resolution will be of a declaratory nature (Art. 189 of the Code of Civil Procedure in connection with art. 58 of the Civil Code). Conversely, in the event that a management board member is appointed by the meeting of shareholders (a general meeting of shareholders) in breach of the statute, such appointment should be respected until the resolution is declared invalid by a constitutive judgment of the court" (Kidyba and Dumkiewicz, 2014, p. 40). Beyond doubt, this solution undermines the principle of legal security and legal certainty.

Simultaneously, there arises another issue concerning resolutions of management boards and supervisory boards, namely the appeal against the resolutions not consistent with the provisions of the company's articles of association or company policies. In this case, the Supreme Court only pointed out that resolutions of management boards and supervisory boards were frequently of major importance for the protection of shareholders and transactions, hence "in the event that they do not comply with the statute, it is necessary to apply relevant legal instruments that eliminate such resolutions from legal transactions." This straightforwardly refers to the non-consistency with the statute, not with bylaws of the company. The subject literature consists of two main opinions on this issue. On the one hand, it is indicated that the infringement of the articles of association or company policies by such governing bodies while adopting the resolution constitutes the violation of the company's bylaws, and hence Art. 58 of the Civil Code may not be applied towards such resolutions, but on the other hand the essential nature of the articles of association is emphasized that justifies the application of Art. 58 of the Civil Code (*cf.* Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 15; Opalski, 2006, pp. 316–320; see: Strzelczyk, 2013, p. 607; Chomiuk, 2014, p. 887; Radwański, 2008, p. 225; differently: Sikorska-Lewandowska, 2013, p. 42 *et seq.*; Gębusia, 2013, p. 16; *cf.* Bilewska, 2010, p. 306; Szczurowski, 2008, p. 1019, who believes that depending on the nature of the resolution, legal consequences of its invalidity will be different). In my opinion, in this case there are no sufficient bases for applying the broad interpretation that equates the result of the infringement of the articles of association with the result of the infringement of the statute, thus I am in favour of the first stance.

Another problem arising from the Supreme Court's solution pertains to the lack of time limits for appealing against the resolution of the manage-

ment board or the supervisory board. According to the subject literature, while analysing the condition relating to the claimant's legal interest, a court hearing the action should also consider whether the claimant does not abuse its subjective right when bringing an action following the lapse of a long period of time from adopting the appeal against resolution (Berak, 2014; Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 14). At the same time, it is indicated that it is admissible to consider a plea alleging infringement of Art. 5 of the Civil Code, if the appeal against the resolution is too remote in time, and consequently it is necessary to analyse whether the bringing of an action is not abuse of the claimant's subjective right (Sołtysiński and Opalski, 2010, p. 14; Zięba, 2014, p. 42; Chomiuk, 2014, p. 888). The danger in this point lies in the fact that this is the court that decides about time. Beyond doubt, this has a number of risks not only for those who apply remedies to appeal against resolutions of supervisory boards or management boards, but essentially for the company itself.

5. Conclusions

Even though it is currently scheduled to amend the Code of Commercial Companies and Partnerships whereby provisions regulating companies will be considerably amended, new provisions do not resolve the problem of appealing against resolutions of supervisory boards or management boards. This may arise from the erroneous conviction that this issue has been sufficiently developed by the legal doctrine and judicature. However, considering numerous doubts that still arise, relevant regulations are postulated to be implemented in the Code of Commercial Companies and Partnerships. Such solution would affect the certainty of legal transactions, become a real defence of entrepreneurs, and primarily curb the courts' freedom to resolve such issues. The regulation of this issue only by the legal doctrine and case-law does not ensure the continuity of the adopted solutions. Therefore, practical considerations should lead to a reflection how much such state of affairs ensures the certainty and stability of legal relationships in the company.

Biographical reference:

Author is a trainee legal advisor at the District Bar Association for Legal Advisors in Poznan and a PhD seminar participant at Kozminski University in Warsaw.

References

Banaszczyk, Z. (2010). In: M. Safjan (ed.), *System prawa prywatnego. Prawo cywilne. Część ogólna*, Vol. 1. Warszawa: C.H. Beck.

Berak, Ł. (2014). Zaskarżanie uchwał zarządu i rady nadzorczej spółek kapitałowych. *Ius.focus,* 2, Legalis.

Bilewska, K. (2010). Przesłanki powzięcia uchwały rady nadzorczej spółki kapitałowej a jej zaskarżanie. *Monitor Prawniczy*, 6, 303–311.

Cern, G. (2009). Podejmowanie uchwał przez zarządy spółek kapitałowych. *Przegląd Prawa Handlowego*, 1, 33–38.

Chomiuk, M. (2014). In: Z. Jara (ed.), *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Czerniawski, R. (2004). *Kodeks spółek handlowych. Przepisy o spółce akcyjnej. Komentarz*. Warszawa: Dom Wydawniczy ABC.

Frąckowiak, J. (2008). In: W. Pyzioł (ed.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

Gębusia, I. (2013). Sądowa kontrola uchwały rady nadzorczej i zarządu spółki akcyjnej. *Monitor Prawa Handlowego*, 6, 14–23.

Grzesiok, P. (2002). Zaskarżanie uchwał w kodeksie spółek handlowych na tle rozwiązań kodeksu handlowego, cz. II. *Prawo Spółek*, 6, 23–31.

Hajos-Iwańska, A. (2014). *Nieważność czynności prawnych w prawie spółek kapitałowych, Monografie Prawnicze*. Warszawa: C.H. Beck.

Kidyba, A. (2013). *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz do art. 1–300*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer Business.

Kidyba, A., Dumkiewicz, M. (2014). Konstytutywny charakter wyroku sądu stwierdzającego nieważność sprzecznej z umową uchwały wspólników; zaskarżenie uchwały spółki – gloss – III CZP 13/13. *Monitor Prawa handlowego,* 1, 38–43.

Kwaśnicki, R.L., Romatowska, M. (2010). Zaskarżanie uchwał rad nadzorczych (zarządów) spółek kapitałowych – a gloss to the judgment of the Supreme Court dated 18th February 2010, (III CSK 449/09). *Glosa*, 4, 47–59.

Łagowska, J. (2009). *Jak skontrolować uchwały rady nadzorczej*, http://biznes.gazetaprawna.pl/artykuly/319352,jak_skontrolowac_uchwaly_rady_nadzorczej.html (15.02.2015).

Marszałkowska-Krześ, E. (2001). In: J. Okolski (ed.). *Spółka akcyjna, Komentarz*. Warszawa: Librata.

Napierała, J., Sójka, T. (2005). In: A. Koch, J. Napierała (eds.), *Prawo spółek handlowych*. Kraków: LEX a Wolters Kluwer.

Opalski, A. (2006). *Rada nadzorcza w spółce akcyjnej*. Warszawa: C.H. Beck.

Pabis, R. (2014). In: J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielska, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Pęczyk-Tofel, A., Tofel, M.S. (2009). Dopuszczalność zaskarżania uchwał przez byłych członków zarządu – gloss – II CSK 419/08. *Monitor Prawniczy*, 23, 1286–1288.

Popiołek, W. (2008). In: J. Frąckowiak, A. Kidyba, W. Popiołek, W. Pyzioł, A.S. Witosz (eds.), *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

Radwański, Z. (2008). In: Z. Radwański (ed.), *System Prawa Prywatnego, Prawo cywilne – część ogólna,* Vol. II. Warszawa: C.H. Beck.

Safjan, M. (2013). In: K. Pietrzykowski (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–449[10],* Vol. I. Warszawa: C.H. Beck.

Sikorska-Lewandowska, A. (2013). Sprzeczność uchwały rady nadzorczej ze statutem spółki lub spółdzielni. *Przegląd Prawa Handlowego*, 11, 42–46.
Sołtysiński, S. (2010). In: S. Sołtysiński (ed.), *System Prawa Prywatnego. Prawo spółek kapitałowych*, Vol. 17B. Warszawa: C.H. Beck.
Sołtysiński, S., Opalski, A. (2010). Zaskarżanie uchwał zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych. *Przegląd Prawa Handlowego*, 11, 4–18.
Spyra, M. (2008). In: S. Włodyka (ed.), *System Prawa Handlowego. Prawo Spółek Handlowych*, Vol. 2. Warszawa: C.H. Beck.
Strzelczyk, K. (2013). In: T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz (eds.), *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółka akcyjna i przepisy karne*, Vol. 1. Warszawa: LexisNexis.
Szczurowski, T. (2008). Wadliwość uchwał rady nadzorczej spółki kapitałowej. *Monitor Prawniczy*, 19, 1015–1022.
Szumański, A. (2014). In: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, M. Tarska, A. Herbet, *Kodeks spółek handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz do art. 151–300,* Vol. 2. Warszawa: C.H. Beck.
Szwaja, J., Mika, I.B. (2013). In: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz do artykułów 301–490*, Vol. III. Warszawa: C.H. Beck.
Wiśniewski, A.W. (1993). *Prawo o spółkach, Podręcznik praktyczny,* Vol. 3, Warszawa: Twiger.
Wolter, A. (2001). In: A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk (eds.), *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Warszawa*: LexisNexis.*
Zięba, M. (2014). Uchwały zarządów i rad nadzorczych spółek kapitałowych. *Glosa*, 4, 34–43.

Zaskarżanie uchwał zarządu i rady nadzorczej w spółkach kapitałowych

Streszczenie

Problematyka zaskarżania uchwał zarządu oraz rady nadzorczej od dłuższego czasu budzi liczne kontrowersje. Obecna regulacja Kodeksu spółek handlowych nie przewiduje wprost możliwości zaskarżania takich uchwał. Kwestię tę wielokrotnie próbowali rozstrzygnąć przedstawiciele doktryny oraz judykatura. Wydawać by się mogło, iż orzecznictwo, w tym zwłaszcza uchwała Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2013 roku, III CZP 13/13, w zupełności rozwiewa wszelkie wątpliwości. Zdaniem SN, uchwały zarządu, rady nadzorczej i komisji rewizyjnej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz uchwały zarządu i rady nadzorczej spółki akcyjnej podlegają zaskarżeniu w drodze powództwa o ustalenie (art. 189 KPC w związku z art. 58 KC). Niemniej jednak, z uwagi na liczne wątpliwości, jakie w dalszym ciągu się pojawiają, należy postulować wprowadzenie stosownych regulacji do KSH. Takie rozwiązanie wpłynęłoby na pewność obrotu prawnego, stanowiłoby realną ochronę przedsiębiorców, a nade wszystko ograniczyłoby swobodę sądów w rozstrzyganiu interesujących nas spraw.

Słowa kluczowe: uchwała, zarząd, rada nadzorcza, zaskarżanie, powództwo, nieważność.

MICHAŁ GŁUCHOWSKI

Elastyczny system ochrony wierzycieli jako alternatywa dla kapitału zakładowego (porównanie regulacji *Unternehmergesellschaft* i projektu reformy polskiej spółki z o.o.)

The flexible system of creditor protection as an alternative to legal capital (a comparison of the regulation of the *Unternehmergesellschaft* and the draft reform of the Polish limited liability company)

Streszczenie

W ostatnich latach kolejne europejskie państwa rezygnują z narzucania spółkom z o.o. dolnej granicy kapitału zakładowego, wprowadzając jednocześnie elastyczne metody ochrony wierzycieli. Przykładem jest funkcjonująca w Niemczech od 2008 r. spółka *Unternehmergesellschaft.* Podobnie polski Zespół ds. Prawa Spółek przedstawił w 2010 r. projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o. Obie reformy wprowadzają test wypłacalności, obowiązek tezauryzacji zysku oraz obowiązek zwołania zgromadzenia wspólników w razie grożącej niewypłacalności. Ponadto szczególnym dla prawa niemieckiego mechanizmem ochronnym jest nadanie firmie wyraźnie ostrzegawczego charakteru. Test wypłacalności oraz obowiązek zwołania zgromadzenia wspólników są cennymi instrumentami, natomiast obowiązek tezauryzacji

zysku jest łatwy do obejścia. Szczegółowe unormowanie tych mechanizmów nie budzi zasadniczych zastrzeżeń jedynie w polskim projekcie. W Niemczech test wypłacalności wymaga modyfikacji kryterium kauzalności oraz rozszerzenia kręgu osób zobowiązanych do zwrotu wypłaty. Ponadto obowiązek zwołania zgromadzenia wspólników aktualizuje się tam zbyt późno. Firma spółki *Unternehmergesellschaft* również została błędnie skonstruowana. Całościowa analiza uelastycznionego systemu ochrony pozwala przyjąć, że jest on przekonującą alternatywą dla systemu opartego na kapitale zakładowym.

Słowa kluczowe: spółka z o.o., *Unternehmergesellschaft*, kapitał zakładowy, test wypłacalności, tezauryzacja.

1. Wprowadzenie

Kilkanaście lat temu w kontynentalnej Europie rozpoczął się proces podważania tradycyjnego modelu spółki z o.o., którego fundamentem jest minimalna kwota kapitału zakładowego o realnej wysokości. Kolejne państwa obniżają ten próg do symbolicznej sumy (Francja w 2003 r., Holandia w 2010 r.). Katalizatorem przemian jest przy tym liberalizacja orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego swobody przedsiębiorczości w odniesieniu do spółek, w szczególności wyrok z 5.11.2002 r. w sprawie C–208/00 – *Überseering* (Zb. Orz. 2002, s. I–9919) oraz wyrok z 30.09.2003 r. w sprawie C–167/01 – *Inspire Art* (Zb. Orz. 2003, s. I–10155). W uproszczeniu, przedsiębiorcy mogą już prowadzić działalność ukierunkowaną na rynek jednego państwa w formie spółki innego państwa członkowskiego, np. zarejestrować w Wielkiej Brytanii spółkę *limited* o dowolnie niskim kapitale zakładowym i prowadzić interesy jedynie w Polsce, a państwo przyjmujące nie może narzucić ograniczeń imigracyjnych, jeśli nie spełniają one testu proporcjonalności – uniemożliwiono choćby narzucanie własnej regulacji dotyczącej kapitału zakładowego.

Koronnym przykładem wpływu tego orzecznictwa na krajowych ustawodawców są Niemcy. Ze względu na wysoki próg kapitału zakładowego (25 000 euro) w tamtejszym odpowiedniku spółki z o.o., czyli *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH), możliwość prowadzenia działalności w formie brytyjskiej spółki „bezkapitałowej" spotkała się z ogromnym zainteresowaniem. Od wyroku w sprawie *Überseering* z listopada 2002 r. do 1.11.2006 r. liczba „niemieckich" *limited* wzrosła z około 1600 do ponad 46 000 (Westhoff, 2007, s. 478). Co więcej, w tym czasie szacunkowo co czwarta nowo powstająca spółka mająca cechy spółki z o.o., która działała na rynku niemieckim, funkcjonowała pod brytyjską banderą, a większość z tych spółek-skrzynek

zakończyła żywot w ciągu 2 lat od rejestracji (por. Eidenmüller, 2007, s. 172–173). Wobec fali mirażowych spółek *limited* niemiecki ustawodawca poczuł się zmuszony do interwencji, lecz nie mógł zamknąć granic dla obcych spółek bez naruszenia prawa unijnego, więc pozostawało mu zaoferować niemiecką alternatywę dla brytyjskiej *limited*. Stąd też, choć był sceptyczny wobec idei spółki „bezkapitałowej", wprowadził z dniem 1 listopada 2008 r. jako „mniejsze zło" spółkę *Unternehmergesellschaft* (UG), szczególny podtyp GmbH o minimalnym kapitale zakładowym 1 euro. Starał się on przy tym ograniczyć ingerencję w „tradycyjną" GmbH do minimum, aby nie utraciła ona swojego prestiżu. Ustawodawca utrzymał w „klasycznej" GmbH próg kapitału zakładowego o wysokości 25 000 euro, a jej „bezkapitałowa" odmiana ma inną nazwę i firmę, tak aby UG i „zwykła" GmbH nie były mylone w obrocie (por. uzasadnienie projektu ustawy z 23 maja 2007 r., BT–Drs. 16/6140, s. 31). Według wyobrażenia ustawodawcy UG jest zaledwie niedokapitalizowanym zarodkiem dojrzałej formy prawnej, do przekształcenia w którą (przez podwyższenie kapitału zakładowego) powinna ona dążyć.

Nasilające się w Europie nurty dotarły też do Polski. W grudniu 2010 r. działający przy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego Zespół ds. Prawa Spółek, któremu przewodniczy S. Sołtysiński, przedstawił projekt reformy struktury majątkowej polskiej spółki z o.o. Zespół postuluje obniżenie minimalnej kwoty kapitału zakładowego z 5000 zł do jednego złotego oraz umożliwienie założycielom wyboru między trzema modelami spółki: (1) tradycyjnym, opartym na kapitale zakładowym; (2) alternatywnym, opartym na bardziej elastycznym kapitale udziałowym; (3) hybrydą obu modeli (szerzej Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 12–14). Bodźcem dla propozycji reformy nie była jednak groźba zalewu Polski przez spółki prawa obcego, lecz krytyka samej instytucji kapitału zakładowego, według której jest to sztywna i arbitralna kwota, oferująca wierzycielom jedynie iluzoryczną ochronę o charakterze bilansowym. Jej realna przydatność sprowadza się zaledwie do testu powagi, co nie równoważy generowanych przez nią obciążeń po stronie spółki (por. Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 11–12).

Celem niniejszego artykułu nie jest przedstawienie wad i zalet modelu opartego na kapitale zakładowym, lecz analiza najważniejszych mechanizmów zaproponowanych przez Zespół jako alternatywa dla tradycyjnego modelu, czyli testu wypłacalności, tezauryzacji zysku oraz uelastycznienia obowiązku zwołania zgromadzenia wspólników. Pominięto zaś mniejsze zmiany, np. przesądzenie o odszkodowawczym charakterze odpowiedzialności z art. 299 Kodeksu spółek handlowych (k.s.h.). W przypadku tak daleko idących propozycji reform szczególnie ważne jest ponadto uwzględnienie doświadczeń innych państw. Spojrzenie za zachodnią granicę pokazuje, że

bardzo zbliżone instrumenty zostały wprowadzone w Niemczech wraz ze spółką *Unternehmergesellschaft*, a prócz tego szczególną funkcję ochronną przypisano tam firmie. Tym samym celowe wydaje się prawnoporównawcze przedstawienie mechanizmów ochrony wierzycieli według polskiego projektu oraz według niemieckiej reformy z 2008 r.

2. Test wypłacalności

Pierwszym analizowanym instrumentem jest sztandarowy mechanizm anglosaskiego modelu ochrony – test wypłacalności (*solvency test*). Jego istota polega na uzależnieniu wypłaty na rzecz wspólników od zbadania, czy uszczuplenie majątku spółki nie spowoduje jej niewypłacalności. Prognoza wymaga więc elastycznej oceny przyszłej kondycji spółki.

2.1. Niemcy

Test wypłacalności został uregulowany w Niemczech w § 64 zd. 3 Ustawy z 20.04.1892 r. o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (*Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, RGBl. s. 477), zwanej dalej „GmbHG". W przeciwieństwie do pozostałych omawianych instrumentów ochrony jego zakres zastosowania rozciąga się nie tylko na UG, lecz na każdą GmbH. Nie ma on więc na celu zrównoważenia braku kapitału zakładowego o znacznej wysokości w UG, lecz służy naprawie ogólnej słabości bilansowej ochrony w GmbH (por. uzasadnienie projektu ustawy z 23 maja 2007 r., BT–Drs. 16/6140, s. 46). Zgodnie z przywołanym przepisem przed podjęciem uchwały o wypłacie na rzecz wspólników członkowie zarządu powinni dokonać prognozy niewypłacalności. Członkowie zarządu są przy tym obowiązani zwrócić spółce wypłaty, jeśli musiały one doprowadzić do niewypłacalności spółki, chyba że w chwili ich dokonania nie dało się przewidzieć doprowadzenia do niewypłacalności przy dołożeniu staranności sumiennego kupca.

Użycie zwrotu „doprowadzić do niewypłacalności" wskazuje na przesłankę ściśle rozumianej kauzalności – sama wypłata, bez pobocznych przyczyn, musi stanowić wystarczającą przyczynę niewypłacalności, przy czym niewypłacalność nie musi wystąpić zaraz po dokonaniu wypłaty, choć już wtedy „przy normalnym przebiegu spraw ryzyko niewypłacalności musiało zarysowywać się w sposób wyraźny" (uzasadnienie projektu ustawy z 23 maja 2007 r., BT–Drs. 16/6140, s. 46–47).

Ciężar udowodnienia faktu dokonania wypłaty oraz związku przyczynowego między wypłatą a niewypłacalnością ponosi spółka (w praktyce syndyk), natomiast negatywne sformułowanie przepisu nakazuje domniemywać niezachowanie należytej staranności przez członków zarządu, więc to na nich ciąży ciężar ekskulpacji (por. Schmidt–Leithoff i Baumert, 2013, s. 2119–2120). Ustawa nie konkretyzuje kryteriów ani zakresu badania wypłacalności przez członków zarządu – w szczególności nie wskazuje, jak daleki horyzont czasowy członkowie zarządu powinni uwzględnić w swojej prognozie.

2.2. Polska

Według propozycji Zespołu ds. Prawa Spółek wymagany przed wypłatą test bilansowy z art. 192–195 k.s.h. powinien zostać utrzymany, lecz w zmodyfikowanej formie. Główną regulacją nowego testu bilansowego jest art. 192 § 1 Kodeksu spółek handlowych w brzmieniu według projektu, zwanego dalej „proj. k.s.h." (szerzej Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 19). Prawdziwą rewolucją jest jednak uzupełnienie go przez wprowadzenie testu wypłacalności w art. 192 § 2 proj. k.s.h. Zgodnie z tym przepisem w ciągu dwóch tygodni od dnia podjęcia uchwały zgromadzenia wspólników o wypłacie dywidendy, bezpośrednio przed spełnieniem świadczenia, zarząd podejmuje uchwałę w przedmiocie dopuszczalności tej wypłaty. Zarząd obowiązany jest do analizy wypłacalności spółki w perspektywie roku od ewentualnego dokonania wypłaty. Jeśli jest ona pozytywna, to zarząd sporządza oświadczenie, w którym stwierdza, iż przy dołożeniu należytej staranności przewiduje, że w ciągu roku od dnia wypłaty spółka nie utraci zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań. Według § 3 zarząd składa oświadczenie o wypłacalności w sądzie rejestrowym w ciągu 7 dni od jego sporządzenia. Przy prognozie należy uwzględnić zdarzenia typowe dla normalnej działalności spółki, w szczególności istotne planowane wydatki, natomiast nie wymaga się od zarządu przewidywania nadzwyczajnych, mało prawdopodobnych zdarzeń (Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 20).

W przypadku wypłaty z naruszeniem testu bilansowego lub testu wypłacalności otrzymujący ją wspólnik obowiązany jest do jej zwrotu, chyba że otrzymał w dobrej wierze wypłatę naruszającą test wypłacalności (art. 198 § 1 proj. k.s.h.). Solidarnie ze wspólnikiem odpowiedzialność ponoszą członkowie organów spółki odpowiedzialni za wypłatę (§ 2). Ponadto w razie utraty przez spółkę wypłacalności w ciągu roku od wypłaty członkowie zarządu odpowiedzialni za tę wypłatę odpowiadają solidarnie za jej zwrot (§ 3).

2.3. Porównanie

Instytucje testu wypłacalności w unormowaniach polskich i niemieckich są co do swego celu podobne, lecz ich szczegółowa regulacja różni się na wielu płaszczyznach. Po pierwsze, zakaz wypłaty jest szerszy w polskim projekcie – jej niedopuszczalność następuje już przy przewidywaniu niewypłacalności, a nie wymaga się związku przyczynowego między zdolnością do regulowania zobowiązań oraz wypłatą. Ponadto krąg osób odpowiedzialnych za zwrot świadczenia jest szerszy w Polsce – za zwrot odpowiadają wspólnicy będący w złej wierze, a solidarnie z nimi członkowie zarządu odpowiedzialni za wypłatę; w Niemczech odpowiedzialność ograniczona jest zaś do członków zarządu. Trzecią różnicą jest podanie w Polsce okresu, jaki ma uwzględniać prognoza (1 rok od dnia wypłaty). W końcu procedura związana z wypłatą jest mniej sformalizowana w Niemczech – wystarcza tam samo podjęcie uchwały o wypłacie na rzecz wspólników, a nie przewidziano ani osobnej uchwały zarządu o dopuszczalności świadczenia, ani też złożenia oświadczenia w sądzie rejestrowym.

2.4. Ocena

Za główny walor testu wypłacalności trzeba uznać elastyczność oraz uwzględnienie specyfiki konkretnej spółki, co stanowi przeciwwagę dla najpoważniejszych zarzutów wobec tradycyjnego systemu – sztywności i ryczałtowości ochrony. Immanentną słabością takiego rozwiązania jest jednak niepewność prawna i trudności w praktycznej ocenie, czy prognoza członków zarządu była słuszna. Przewidywanie przyszłej sytuacji spółki jest złożonym, wieloaspektowym procesem (Greulich i Bunnemann, 2006, s. 686), siłą rzeczy obarczonym znaczną niepewnością (Spies, 2010, s. 291), *ergo* członkom zarządu trzeba przyznać pewną swobodę co do tej oceny. Twórcy reform w obu krajach nie przedstawili przy tym jasnych kryteriów ewaluacji wypłacalności (trudno za takie uznać zwroty niedookreślone „staranność sumiennego kupca" oraz „należyta staranność"). Dlatego następcza ocena dokonywana przez sąd może być oparta na niezbyt przejrzystych podstawach, a i wynik tej oceny może być trudny do przewidzenia (Greulich i Bunnemann, 2006, s. 685–686). Istnieje też ryzyko, że sądy będą posiłkować się wiedzą uzyskaną przez siebie *ex post*, choć powinny one uwzględniać jedynie perspektywę *ex ante* – informacje dostępne zarządowi w chwili dokonania przez niego prognozy (Spies, 2010, s. 292). W związku z trudnościami w dokonaniu oceny członkowie zarządu nie powinni ponosić zbyt surowej odpowiedzialności za błędy w swoich przewidywaniach.

Realne ryzyko odpowiedzialności może ich ponadto skłaniać do skrajnej zachowawczości w prognozie, co może prowadzić do konfliktów ze wspólnikami, od których członkowie zarządu są uzależnieni (Frąckowiak, 2011, s. 12; uzasadnienie projektu ustawy z 23 maja 2007 r., BT–Drs. 16/6140, s. 47). Dlatego też test wypłacalności powinien być stosowany z dużą ostrożnością i ograniczać się do roszczeń o zwrot wypłaty w przypadkach ewidentnych naruszeń staranności (Greulich i Bunnemann, 2006, s. 687; por. uzasadnienie projektu ustawy z 23 maja 2007 r., BT–Drs. 16/6140, s. 47).

W niemieckiej regulacji praktyczna skuteczność testu wypłacalności jest częściowo hamowana przez przesłankę trudnego do wykazania związku przyczynowego między wypłatą a utratą wypłacalności. Wymóg ten jest z dogmatycznego punktu widzenia godny aprobaty, ale może nie wytrzymywać konfrontacji z rzeczywistością. Za sytuację spółki często odpowiedzialne są czynniki zewnętrzne oraz cały zespół powiązanych ze sobą decyzji, zatem jednoznaczne wykazanie, że to konkretna wypłata samodzielnie przesądziła o przejściu ze stanu wypłacalności do utraty płynności finansowej, może być skazana na niepowodzenie (łagodniej jednak Greulich i Bunnemann, 2006, s. 685; por. też Spliedt, 2009, s. 160). Możliwym kompromisem między dogmatyką a funkcjonalnością testu wypłacalności jest pozostawienie wymogu kauzalności przy jednoczesnym odwróceniu ciężaru dowodu, czyli zobowiązaniu członków zarządu do wykazania braku związku przyczynowego między wypłatą a niewypłacalnością. Członkowie zarządu, jako znający najlepiej sytuację spółki, będą w stanie dużo łatwiej wykazać ewentualny brak kauzalności niż osoba spoza jej kierownictwa.

Proponowane utrzymanie wymogu związku przyczynowego spowodowałoby, że możliwość zwolnienia się z odpowiedzialności przez członków zarządu byłaby w Niemczech nadal szersza, niż dopuszcza to projekt Zespołu ds. prawa spółek. W Polsce już samo przewidywanie groźby niewypłacalności przez zarząd „zamrażałoby" środki w spółce – jakiekolwiek wypłaty na rzecz wspólników, nawet o wysokości niepowodującej niewypłacalności spółki, byłyby niezgodne z art. 192 § 2 proj. k.s.h. Jest to przekonujące rozwiązanie, gdyż w przypadku zagrożenia niewypłacalnością zapobiega ono próbom wyprowadzenia ze spółki choćby części majątku, który powinien służyć ochronie wierzycieli.

Mimo aprobaty dla rezygnacji z wymogu związku przyczynowego w Polsce należy uwzględnić fakt, że w Niemczech przypisuje się testowi wypłacalności odmienne znaczenie niż w projekcie Zespołu ds. Prawa Spółek. Polski projekt w dużej mierze przenosi ciężar ochrony wierzycieli z ochrony opartej na kapitale zakładowym na ten elastyczny mechanizm (Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 14), co mogłoby wyjaśniać surowszy reżim odpowiedzialności za zwrot wypłaty. W Niemczech test wypłacalności

ma z kolei jedynie uzupełniać tradycyjne instrumenty ochronne w „klasycznej" GmbH oraz ostrzegawczą firmę w przypadku *Unternehmergesellschaft*. Całkowita rezygnacja z wymogu kauzalności mogłaby stać w sprzeczności z dążeniem niemieckiego ustawodawcy do uniknięcia zbyt dużej surowości testu wypłacalności. W obliczu tych założeń utrzymanie w Niemczech przesłanki kauzalności wydaje się więc akceptowalne, choć korekty wymagałby rozkład *onus probandi*.

Na krytykę zasługuje w Niemczech ograniczenie obowiązku zwrotu wypłaty do członków zarządu i nieobjęcie nim wspólników otrzymujących ją w złej wierze. Pozostałe podstawy roszczeń wobec wspólników – zaskarżenie czynności upadłego oraz odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki (*Existenzvernichtungshaftung*) – wydają się zbyt łagodne w swoich przesłankach oraz niekompatybilne z surową odpowiedzialnością członków zarządu przy niewielkim niedbalstwie (Arnold, 2014, s. 1146 i przywoływana tam literatura; por. Greulich i Rau, 2008, s. 286). Obecna regulacja testu wypłacalności niesłusznie uprzywilejowuje wspólników otrzymujących wypłatę w złej wierze. Solidarna odpowiedzialność za jej zwrot powinna więc obejmować tych wspólników oraz członków zarządu odpowiedzialnych za wypłatę.

W obliczu trudności związanych z przewidywaniem rozwoju sytuacji majątkowej spółki zarząd powinien uzyskać wytyczną co do ram czasowych, jakie należy uwzględnić w prognozie. Brak ustawowej granicy w Niemczech prowadzi do niepewności członków zarządu, czy obrany przez nich okres nie jest zbyt krótki, a próby uwzględnienia jak najdalszej perspektywy sprawiają, że ocena ta przestaje być wymierna (Spies, 2010, s. 297; por. Greulich i Bunnemann, 2006, s. 685–686). Przyjęty w Polsce okres 1 roku od wypłaty wydaje się dobrym kompromisem – pozwala on na dość pewną prognozę, która przy szerszych ramach czasowych staje się problematyczna (Arnold, 2014, s. 1149; Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 20).

Podsumowując, polskie przepisy nie budzą zastrzeżeń, choć uznanie testu wypłacalności za podstawowy mechanizm ochronny może wywoływać obawę, że w praktyce obowiązek zwrotu mógłby nie ograniczać się do przypadków oczywistego niezachowania należytej staranności. W uzasadnieniu projektu polski Zespół – inaczej niż niemiecki ustawodawca – zdaje się nie traktować tego instrumentu zbyt restrykcyjnie. Decydujący wpływ na surowość testu będzie miała jednak judykatura.

Z kolei § 64 zd. 3 GmbHG wymaga znacznych zmian, a mianowicie rozciągnięcia odpowiedzialności za zwrot wypłaty na wspólników otrzymujących ją w złej wierze oraz modyfikacji ciężaru dowodu dotyczącego związku przyczynowego między wypłatą a niewypłacalnością. Ponadto należy wskazać, że prognoza powinna uwzględniać jeden rok od wypłaty.

3. Obowiązek tworzenia rezerwy z zysku

O ile test wypłacalności chroni wierzycieli przed wyprowadzaniem majątku ze spółki, o tyle zawodzi on, gdy w spółce od początku jej istnienia nie ma wystarczających środków. Projektodawcy w obu krajach zauważają, że dopuszczenie tworzenia spółek o bardzo niskim kapitale własnym mogłoby doprowadzić do utrzymującego się niedokapitalizowania (por. Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 14; uzasadnienie projektu ustawy z 23 maja 2007 r., BT–Drs. 16/6140, s. 32). W tym kontekście pojawia się problem tezauryzacji zysku. Odmiennie niż w tradycyjnym modelu, gdzie spółka była wyposażana w środki „z góry" poprzez wkłady na pokrycie kapitału zakładowego, niezbędny majątek będzie mógł być gromadzony w trakcie jej funkcjonowania z obowiązkowo tworzonej rezerwy z zysku.

3.1. Niemcy

W niemieckiej UG nakaz tezauryzacji wprowadza § 5a ust. 3 GmbHG, zgodnie z którym w bilansie rocznym tworzy się ustawową rezerwę, do której należy wnieść jedną czwartą nadwyżki rocznej pomniejszonej o stratę z poprzedniego roku. Rezerwę tę można przeznaczyć tylko na trzy wymienione w tym przepisie cele, to znaczy: (1) na podwyższenie kapitału zakładowego ze środków własnych; (2) na pokrycie rocznego deficytu, jeśli nie został on pokryty przez zysk przeniesiony z roku poprzedniego; (3) na pokrycie straty przeniesionej z roku poprzedniego, jeśli nie została pokryta przez zysk z bieżącego roku obrotowego.

3.2. Polska

W polskim projekcie obowiązek tworzenia rezerwy przewiduje art. 231^1 proj. k.s.h. Zgodnie z nim spółka obowiązana jest utworzyć kapitał zapasowy na pokrycie przyszłych strat, na który przeznacza co najmniej 10% zysku za dany rok obrotowy, dopóki kapitał nie osiągnie poziomu 5% sumy dodatnich składników majątkowych, lecz nie mniej niż 50 000 zł. Umowa spółki może przewidywać wyższą górną granicę tezauryzacji oraz wyższy procentowy odpis, lecz nie większy niż 25% zysku za dany rok obrotowy, tak aby mechanizm ten nie był wykorzystywany do pokrzywdzenia wspólników mniejszościowych przez długotrwałe pozbawianie ich zysków (Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 22).

3.3. Porównanie

Konstrukcja nakazu tezauryzacji jest w obu krajach podobna, lecz odmienna filozofia dotycząca kapitału zakładowego wpływa na szczegółowe różnice liczbowe. W Niemczech UG jest z założenia uznawana za niedokapitalizowaną, co może wyjaśniać, dlaczego wysokość odpisów w Niemczech jest wyższa niż w Polsce (25% w porównaniu do 10–25% w Polsce). Nie narzucono też w Niemczech górnej granicy kapitału rezerwowego do zebrania.

Mimo to znaczenie przypisywane kapitałowi zapasowemu wydaje się większe w polskim projekcie – jego autorzy zakładają, że ma on funkcjonalnie zastąpić, a nie tylko uzupełnić kapitał zakładowy, przy czym jego przewaga miałaby polegać na tym, że nie jest to kwota ustalana arbitralnie, lecz dzięki oparciu jej na zysku odpowiada ona w sposób przybliżony skali działalności i potrzebom konkretnej spółki (Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 14).

3.4. Ocena

Należy uznać za słuszne dążenie autorów polskiego projektu do stworzenia kapitału uwzględniającego rozmiary i potrzeby konkretnej spółki. Trzeba jednak zauważyć, że wybór wysokości zysku jako kryterium wielkości odpisu obarczony jest słabościami. Wspólnicy pełniący jednocześnie funkcję członków zarządu mogą dość swobodnie omijać to zabezpieczenie, zmniejszając bilansowy zysk – chociażby poprzez ustalenie odpowiednio wysokiego wynagrodzenia dla siebie (Veil, 2007, s. 1083). Tym samym dla zapewnienia minimalnej skuteczności tego przepisu konieczne byłoby uznawanie zawyżonego wynagrodzenia za zakazane (por. Schäfer, 2011, s. 58), przy czym rodziłoby to problem wielkości luzu decyzyjnego pozostawianego spółce co do ustalania wysokości wynagrodzenia. Mimo wszystko w spółkach prowadzących działalność na małą i średnią skalę wypracowywany zysk często nie byłby na tyle duży, by jego pełne wypłacenie w formie wynagrodzeń mogło zostać uznane za rażące.

Ponadto wykazany w bilansie zysk nie musi być miarodajny dla skali działalności i potrzeb spółki. Duże przedsiębiorstwo może działać na granicy opłacalności, zatem wielkość rezerwy może być odległa od rzeczywistej skali działalności spółki. W spółkach niewykazujących od początku odpowiednio wysokiego zysku instrument ten nie zadziała w ogóle (Wiśniewski i Modrzejewski, 2011), a ich wierzyciele szczególnie potrzebują ochrony.

Podsumowując, należy stwierdzić, że obowiązek tezauryzacji stanowi nieszczelne zabezpieczenie. Niemniej jest on instrumentem nadającym pożądany kierunek uczciwie działającym spółkom, wskazując na konieczność tworzenia rezerwy, więc nie postuluje się rezygnacji z niego.

4. Zwołanie zgromadzenia wspólników w razie grożącej niewypłacalności

Trzecim instrumentem ochrony jest wprowadzenie ciążącego na zarządzie obowiązku zwołania zgromadzenia wspólników w razie groźby niewypłacalności spółki. W tradycyjnym modelu podobny obowiązek aktualizował się w obu państwach jedynie przy przekroczeniu sztywnej, bilansowej granicy. Zauważyć trzeba, że obowiązek zwołania zgromadzenia wspólników służy przede wszystkim ochronie interesów samych wspólników, ale w drugiej kolejności (choć pośrednio) pełni też funkcję ochronną wobec wierzycieli (Szumański, 2014, s. 633).

4.1. Niemcy

W przypadku GmbH w jej klasycznym modelu § 49 ust. 2 GmbHG nakazuje zwołanie zgromadzenia wspólników, gdy wydaje się to niezbędne ze względu na interes spółki, a ust. 3 precyzuje, że musi ono zostać niezwłocznie zwołane w szczególności wtedy, gdy bilans roczny lub bilans sporządzony w trakcie roku obrotowego wykaże, że spółka utraciła połowę kapitału zakładowego. To powiązanie zagrożenia niewypłacalności z kapitałem zakładowym i obowiązek każdorazowego zwoływania zgromadzenia wspólników przy przekroczeniu progu nie przystaje jednak do spółek UG posiadających bardzo niski kapitał zakładowy (por. uzasadnienie projektu ustawy z 23 maja 2007 r., BT–Drs. 16/6140, s. 32). Niemiecki ustawodawca, mając to na uwadze, postanowił w § 5a ust. 4 GmbHG, że w przypadku UG „odmiennie niż według § 49 ust. 3, zgromadzenie wspólników musi zostać niezwłocznie zwołane w razie grożącej niewypłacalności". Tym samym zniesiony zostaje obowiązek z § 49 ust. 3 GmbHG, lecz nie generalna norma z ust. 2. Naruszenie obowiązku zwołania zgromadzenia wspólników skutkuje na zasadach ogólnych solidarną odpowiedzialnością odszkodowawczą członków zarządu wobec samej spółki (§ 43 ust. 2 GmbHG).

Przepis § 5a ust. 4 GmbHG spotkał się z chłodnym przyjęciem w literaturze. Po pierwsze, część autorów krytykuje całkowite odejście od obowiązku z § 49 ust. 3 GmbHG – o ile w przypadku spółek o symbolicznym kapitale zakładowym nawiązywanie do niego byłoby rzeczywiście dysfunkcjonalne, to przy większej kwocie kapitału zakładowego, mogącej wynosić niewiele mniej niż 25 000 euro, próg ten mógłby funkcjonować bez przeszkód (por. Baukelmann i Schmidt-Leithoff, 2013, s. 306–307). Najpoważniejszy zarzut dotyczy jednak faktu, że obowiązek z § 5a ust. 4 GmbHG aktualizuje się zbyt późno – wspólnicy powinni zostać poinformowani znacznie

wcześniej o sytuacji spółki, niedługo po wystąpieniu trudności finansowych, by byli w stanie im skutecznie przeciwdziałać (Joost, 2007, s. 2248; Veil, 2007, s. 1083). Skoro jednak już wcześniej konieczne zdaje się zwołanie zgromadzenia wspólników, to obowiązek ten i tak ciąży na członkach zarządu UG na mocy ogólnego uregulowania w § 49 ust. 2 GmbHG. Wydaje się więc, że w obliczu tego przepisu § 5a ust. 4 GmbHG traci praktyczne znaczenie (Baukelmann i Schmidt-Leithoff, 2013, s. 308; Joost, 2007, s. 2248).

4.2. Polska

W Polsce obowiązek niezwłocznego zwołania zgromadzenia wspólników w razie znacznej straty uregulowany jest w art. 233 k.s.h. Projekt reformy zawiera dwie istotne modyfikacje tego instrumentu. Po pierwsze, zmianie ulega definicja znacznej straty aktualizującej według § 1 omawiany obowiązek – zamiast sumy kapitału zapasowego, rezerwowego oraz połowy kapitału zakładowego strata musi przewyższyć połowę sumy dodatnich składników majątku spółki. Jest to naturalna konsekwencja odejścia od obligatoryjności kapitału zakładowego; zamiast niego bierze się pod uwagę cały majątek spółki (Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 23).

Druga fundamentalna zmiana polega na wprowadzeniu, obok ochrony o charakterze bilansowym, elastycznej ochrony wypłacalności spółki. Zgodnie z art. 233 § 1^1 proj. k.s.h. zarząd ma obowiązek zwołania zgromadzenia wspólników, jeśli przy dołożeniu należytej staranności przewiduje, że w ciągu 3 miesięcy od dnia dokonania oceny spółka utraci zdolność do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań w toku zwykłej działalności.

Kryterium bilansowe oraz badanie niewypłacalności nie wypierają się, lecz funkcjonują harmonijnie obok siebie – podobnie jak test bilansowy i test wypłacalności z art. 192 § 1 i 2 proj. k.s.h. Zgodnie z art. 233 § 1^2 proj. k.s.h. ocena uwzględniająca oba kryteria powinna być dokonywana przynajmniej raz na kwartał, chyba że sytuacja finansowa spółki wymaga częstszej oceny. Zgodnie z proponowanym § 1^3 tego artykułu umowa spółki może inaczej określić próg znacznej straty, a nawet zwolnić zarząd z obowiązków nałożonych przez omawiany artykuł. Twórcy projektu zauważają, że omawiane uregulowanie powstało w celu ochrony wspólników przed utratą zaangażowanych środków, zatem powinni oni mieć możliwość decydowania, jak dużą stratę uznają za sygnał ostrzegawczy (Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 23). Ponadto autorzy projektu wskazują, że elastyczne ustalenie tej kwoty jest niezbędne ze względu na dopuszczenie spółek o niskim kapitale głównym, które mogłyby przekraczać próg już przy niewielkich stratach (Zespół ds. Prawa Spółek, 2010, s. 23).

4.3. Porównanie i ocena

Oba systemy różnią się zasadniczo tym, że w Niemczech znosi się wobec UG próg bilansowy na rzecz badania niewypłacalności, zaś według polskiego projektu kryteria te muszą być uwzględniane jednocześnie. Jest to jednak konsekwencja odmiennych założeń. W Niemczech test bilansowy obowiązuje wobec spółki dokapitalizowanej („zwykłej" GmbH), a jest uznawany za niewymierny w przypadku UG. Polski test bilansowy obowiązuje z kolei wobec wszystkich spółek z o.o., jako że w projekcie nie odróżnia się spółek z niskim kapitałem zakładowym lub udziałowym od spółek o wyższym kapitale, lecz bierze pod uwagę całkowitą wartość aktywów spółki, a odwoływanie się do wysokości kapitału zakładowego lub udziałowego byłoby w tej sytuacji bezcelowe.

Wskazano wyżej, że wątpliwości może budzić niestosowanie kryteriów bilansowych nie tylko do UG z symbolicznym, ale i z całkiem pokaźnym kapitałem zakładowym. Lukę tę można usunąć na wzór art. 233 § 1^3 proj. k.s.h., czyli przez umożliwienie wskazania w umowie spółki, do jakiego poziomu muszą, według prognozy zarządu, spaść aktywa, by zaktualizował się obowiązek zwołania zgromadzenia wspólników. Wspólnicy powinni mieć swobodę w obraniu punktu odniesienia, np. utraty określonego ułamka kapitału zakładowego lub też spadku wartości aktywów poniżej danej liczby absolutnej. Ponadto krótkie, kwartalne odstępy kontroli według prawa polskiego mogą być odpowiedzią na zarzuty w niemieckiej literaturze, że prognoza oparta na corocznych danych jest często spóźniona.

Tym samym uznać należy „wyższość" polskich uregulowań nad rozwiązaniami niemieckimi. Wydaje się, że sensowne byłoby zastąpienie § 5a ust. 4 GmbHG przepisami wzorowanymi na polskich unormowaniach. Propozycja Zespołu ds. Prawa Spółek wpisuje się dobrze w elastyczny system ochrony, wskazując na konieczność trzymania ręki na pulsie w kwestii kondycji finansowej spółki.

5. Firma

Oprócz mechanizmów wspólnych dla obu omawianych systemów Niemcy wprowadziły instrument ochronny niemający swojego odpowiednika w polskim projekcie – firmie UG nadano charakter ostrzegawczy poprzez wyraźne odgrodzenie jej od firmy „dojrzałej" GmbH.

5.1. Niemcy

Zgodnie z § 5a ust. 1 *in fine* GmbHG spółka UG posługuje się w firmie dodatkiem obowiązkowym *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* lub

skróconą formą *UG (haftungsbeschränkt)*. Dopisek *haftungsbeschränkt* oznacza „o ograniczonej odpowiedzialności" i ma ostrzegać, że wspólnicy nie odpowiadają za zobowiązania spółki. Z kolei wprowadzenie nazwy *Unternehmergesellschaft*, nieprzypominającej brzmieniem *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, ma podkreślić, że wierzyciele tej spółki nie mogą liczyć na cechujące tradycyjną GmbH zabezpieczenie w postaci minimalnej kwoty kapitału zakładowego (uzasadnienie projektu ustawy z 23 maja 2007 r., BT–Drs. 16/6140, s. 31).

Powyższe rozwiązanie budzi jednak zasadnicze wątpliwości. Już sama nazwa *Unternehmergesellschaft*, czyli „spółka przedsiębiorców", wydaje się myląca, gdyż GmbH może zostać założona w każdym prawnie dopuszczalnym celu (§ 1 GmbHG), zatem nie musi prowadzić działalności gospodarczej (Wilhelm, 2007, s. 1511). Ponadto – przyjmując założenie niemieckiego ustawodawcy, że wyposażenie spółki kapitałowej w pokaźny kapitał zakładowy jest ważnym elementem ochrony wierzycieli – szczególnego uwypuklenia wymagałaby „skaza" UG w postaci niskiego kapitału zakładowego. Nazwa *Unternehmergesellschaft* może jedynie (i to błędnie) sugerować, że jest to odrębny, inny niż GmbH typ spółki (Spies, 2010, s. 114). Nie daje się z niej jednak odczytać, że jest to „bezkapitałowa" spółka kapitałowa.

Powyższa niekonsekwencja wynika z modyfikacji modelu tej spółki w procesie legislacyjnym. Według pierwotnego projektu *Unternehmergesellschaft* miała być autonomicznym wobec GmbH typem spółki, oferującym nieustępujący spółkom GmbH poziom ochrony wierzycieli, więc w jej przypadku odmienna nazwa bez charakteru ostrzegawczego byłaby w pełni zasadna. Przyjęty ostatecznie w drodze daleko idącego kompromisu model UG ma diametralnie inną konstrukcję i wizerunek, lecz odziedziczył po pierwotnej wersji jej nazwę. Wydaje się, że szyld ten nie pasuje do UG w jej dzisiejszej postaci – jest to po prostu spółka GmbH, tyle że zniesiono wobec niej dolny próg 25 000 euro kapitału zakładowego, i właśnie te dwie cechy powinny zostać podkreślone w firmie (Wilhelm, 2007, s. 1512).

W dobrym kierunku podążała więc propozycja Bundesratu, by nową spółkę nazwać *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (ohne Mindestkapital)*", czyli „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (bez minimalnego kapitału)" (opinia Bundesratu z 6 lipca 2007 r., BT–Drs. 16/6140, s. 62). Nie jest to dogmatycznie precyzyjna nazwa, gdyż spółka ta posiada kapitał zakładowy o minimalnej granicy, tyle że wynoszącej zaledwie 1 euro (Veil, 2007, s. 1082). Z perspektywy funkcji ostrzegawczej zastrzeżenia można mieć jedynie do proponowanej przez Bundesrat możliwości skracania dopisku „(bez minimalnego kapitału)" do formy „(o. M.)". Skrót ten jest nieznany w Niemczech, a „bezkapitałowa" spółka kapitałowa jest tam absolutnym *novum*, zatem w początkowym okresie jej funkcjonowania kontrahent spółki mógłby nie zrozumieć skrótu i nie dostrzec jej niskiego kapitału.

5.2. Polska

Polski Zespół przyjmuje założenie o równowartościowości ochrony oferowanej przez wszystkie trzy podtypy spółki, przez co mają one wspólny dodatek obligatoryjny w firmie – będą oznaczane jedynie jako „spółka z ograniczoną odpowiedzialnością". Tym samym realizacja funkcji ochronnej firmy według projektu nie wykracza poza obecne uregulowanie.

5.3. Porównanie i ocena

Różne rozwiązania dotyczące firmy są pochodną odmiennych celów kierujących twórcami obu reform. Niemiecki ustawodawca chce utrzymać prestiż tradycyjnej GmbH i nie zamierza dopuścić, by brak progu powagi kładł się cieniem na tej solidnej formie prawnej (uzasadnienie projektu ustawy z 23 maja 2007 r., BT–Drs. 16/6140, s. 31). Dane statystyczne pokazują jednak, że UG nie powtórzyła negatywnych doświadczeń związanych z mirażowymi *limited.* Po 4 latach od wprowadzenia tej spółki upadłość ogłosiło ok. 3,5% zarejestrowanych UG, co nie wydaje się rażąco dużą liczbą (Bayer i Hoffmann, 2012, s. R290). Ponadto UG powstrzymała inwazję brytyjskich *limited* na rynku niemieckim, stając się znacznie popularniejszą formą prawną. W ciągu 5 lat od wprowadzenia reformy zarejestrowano ponad 100 000 *Unternehmergesellschaft* (Bayer i Hoffmann, 2013, s. R358).

Choć naturalne mogłoby się wydawać upatrywanie źródła znacznej liczby upadłości niemieckich spółek *limited* w braku dolnego progu kapitału zakładowego, to w rzeczywistości na fiasko tej formy prawnej złożyło się kilka czynników. Kluczową przyczyną był zagraniczny rodowód tej spółki. Wielu założycieli *limited* nie było świadomych, że obowiązki związane z prowadzeniem spółki kapitałowej według prawa brytyjskiego nie są już tak liberalne jak warunki jej rejestracji. Błędne wyobrażenie o *limited* było podsycane przez licznych niemieckich doradców finansowych rekomendujących założenie tej spółki – podkreślali oni zalety brytyjskiej formy prawnej przy jednoczesnym przemilczeniu jej wad. Jednak już niedługo po rejestracji spółki jej założyciele przekonywali się, że dopełnianie stosunkowo surowych obowiązków według obcego prawa, np. z zakresu rachunkowości, ich przerasta. Większość spółek nie złożyła raportu rocznego (*annual return*), co skutkowało wykreśleniem z rejestru po ok. 10 miesiącach od upływu właściwego terminu (Westhoff, 2007, s. 479–480).

Tym samym brak ustawowo narzuconego minimum kapitału zakładowego w *limited* nie był zasadniczą przyczyną falstartu tej formy prawnej na niemieckim rynku. Bezkapitałowa spółka prawa krajowego jest wolna od

trudności związanych z respektowaniem wymogów obcego prawa, zatem nie powinna być piętnowana jedynie z powodu porażki *limited*. Mimo to wydaje się, że w krótkiej perspektywie czasowej ustawodawca niemiecki słusznie postąpił, oddzielając UG i tradycyjną GmbH poprzez odmienną firmę. Dyskredytacja brytyjskiej spółki stworzyła atmosferę nieufności wobec wszystkich spółek bezkapitałowych, a nie tylko spółek obcych. Funkcjonowanie „spółki za 1 euro" pod tym samym szyldem co tradycyjna GmbH byłoby w Niemczech szczególnie ryzykowne. *Unternehmergesellschaft* musi najpierw przekonać uczestników obrotu, że nie jest spółką „wybrakowaną" i nie stanowi *a priori* znacznie większego zagrożenia dla wierzycieli niż inne spółki kapitałowe. W dalszej perspektywie, po uzyskaniu przez UG wystarczającego zaufania w obrocie gospodarczym, Niemcy powinni rozważyć dalej idącą reformę, czerpiąc z doświadczeń francuskich, holenderskich i ewentualnie polskich oraz odrzucając stygmatyzację spółek bezkapitałowych.

Z kolei polskiemu Zespołowi ds. Prawa Spółek zależało na zapewnieniu prestiżu wszystkich trzech podtypów spółek bezkapitałowych. Z tej perspektywy rozwiązanie zrównujące je pod wspólnym szyldem spółki z o.o. wydaje się optymalne.

6. Zakończenie

Podsumowując powyższą analizę, wypada stwierdzić, że polskie i niemieckie rozwiązania dotyczące systemu ochrony wierzycieli kładą akcent na inne punkty. Polscy projektodawcy uznają kapitał zakładowy za instytucję dalece dysfunkcjonalną, zatem w większym stopniu niż Niemcy przenoszą ciężar ochrony wierzycieli na mechanizmy kontroli płynności finansowej spółki. Z kolei niemiecki ustawodawca trwa przy idei funkcji ochronnej kapitału zakładowego, *ergo Unternehmergesellschaft* nie jest dla niego spółką równowartościową z tradycyjną GmbH. W konsekwencji w Niemczech konieczne jest ostrzeżenie potencjalnych kontrahentów UG o jej niedokapitalizowaniu poprzez swoisty dodatek w firmie.

Uelastycznione mechanizmy ochronne nie wyeliminują ryzyka niewypłacalności spółki, ale wydają się przekonującą alternatywą dla systemu opartego na kapitale zakładowym. Uwzględniają one fakt, że samo początkowe wyposażenie spółki w kapitał jest niewystarczającym zabezpieczeniem, a szczególny nacisk powinien być kładziony na bieżącą kontrolę jej sytuacji finansowej. Są one przy tym wolne od licznych wad tradycyjnego systemu. Chociaż przy porównaniu szczegółowych rozwiązań niemieckiego

prawa oraz polskiego projektu trzeba uwzględnić różnice wynikające ze specyfiki danego państwa, to całościowa ocena pozwala stwierdzić, że propozycja polskiego Zespołu ds. Prawa Spółek zasługuje na zasadniczą aprobatę, zaś w niemieckiej ustawie należy wprowadzić pewne korekty.

Notka biograficzna:

absolwent studiów prawniczych na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz pracownik Europejskiego Uniwersytetu Viadrina we Frankfurcie nad Odrą.

Literatura

Arnold, A. (2014). W: M. Henssler, L. Strohn (red.), *Gesellschaftsrecht*. München: C.H. Beck.

Baukelmann, P., Schmidt-Leithoff, Ch. (2013). W: H. Rowedder, Ch. Schmidt–Leithoff (red.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Kommentar*. München: Verlag Franz Vahlen.

Bayer, W., Hoffmann, Th. (2012). Unternehmergesellschaften in der Insolvenz. *GmbH–Rundschau*, 21, R289–R290.

Bayer, W., Hoffmann, Th. (2013). Fünf Jahre Unternehmergesellschaft. *GmbH–Rundschau*, 23, R358.

Eidenmüller, H. (2007). Die GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen. *Zeitschrift für Unternehmens– und Gesellschaftsrecht*, 2, 168–211.

Frąckowiak, J. (2011). Demontaż spółki z o.o. czy nowy rodzaj spółki kapitałowej – uwagi na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych. *Przegląd Prawa Handlowego*, 6, 5–15.

Greulich, S., Bunnemann, J. (2006). Geschäftsführerhaftung für zur Zahlungsunfähigkeit führende Zahlungen an die Gesellschafter nach § 64 II 3 GmbHG–RefE – Solvenztest im deutschen Recht? *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 18, 681–687.

Greulich, S., Rau, Th. (2008). Zur partiellen Insolvenzverursachungshaftung des GmbH–Geschäftsführers nach § 64 S. 3 GmbHG–RegE, *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 8, 284–289.

Joost, D. (2007). Unternehmergesellschaft, Unterbilanz und Verlustanzeige. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 48, 2242–2248.

Schäfer, C. (2011). Rechtsprobleme bei Gründung und Durchführung einer Unternehmergesellschaft. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2, 53–59.

Schmidt–Leithoff, Ch., Baumert, R. (2013). W: H. Rowedder, Ch. Schmidt–Leithoff (red.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG): Kommentar*. München: Verlag Franz Vahlen.

Spies, M. (2010). *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt): Verfassung – Gläubigerschutz – Alternativen*. Berlin: Duncker & Humblot.

Spliedt, J.D. (2009). MoMiG in der Insolvenz – ein Sanierungsversuch. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 4, 149–161.

Szumański, A. (2014). W: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja (red.). *Kodeks spółek handlowych, Komentarz do artykułów 151–300*, t. II. Warszawa: C.H. Beck.

Veil, R. (2007). Die Unternehmergesellschaft nach dem Regierungsentwurf des MoMiG: Regelungsmodell und Praxistauglichkeit. *GmbH–Rundschau*, 20, 1080–1086.

Westhoff, A.O. (2007). Die Verbreitung der englischen Limited mit Verwaltungssitz in Deutschland. *GmbH–Rundschau*, 9, 474–480.

Wilhelm, J. (2007). „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)" – Der neue § 5a GmbHG in dem RegE zum MoMiG. *Der Betrieb*, 27–28, 1510–1513.

Wiśniewski, C., Modrzejewski, J. (2011, 9 lutego). Prawo handlowe: zmiany są nieuchronne. *Rzeczpospolita*. http://prawo.rp.pl/artykul/607304.html (dostęp: 14.02.2015).

Zespół ds. prawa spółek (2010). Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o. *Przegląd Prawa Handlowego*, 12, 5–27.

The flexible system of creditor protection as an alternative to legal capital (a comparison of the regulation of the *Unternehmergesellschaft* and the draft reform of the Polish limited liability company)

Summary

In recent years more and more states have dispensed with minimum legal capital rules for limited liability companies. An example of this tendency is the introduction of the German *Unternehmergesellschaft* in 2008. Similarly, in Poland the Section on Company Law of the Civil Law Codification Commission at the Ministry of Justice presented a draft of the reform on the financial structure of the Polish limited liability company. The reforms in both countries introduce a solvency test, the obligation to accumulate profit by contributing it to supplementary capital, and also the obligation on directors to convene an extraordinary general meeting in cases of threatened insolvency. Moreover, the German reform comprises another protective measure, namely that the legal name given to an *Unternehmergesellschaft* is intended to warn contracting parties of the limited liability and low legal capital of the company. Both the solvency test and the obligation to convene a general meeting are valuable measures, whereas the duty to accumulate profit can be easily evaded. While the details of the Polish draft law do not raise significant objections, many regulations concerning the *Unternehmergesellschaft* are highly questionable. The German solvency test requires two major changes. Firstly, the causation requirement should be modified. Secondly, not only should the directors be obliged to return a payment made in breach of the solvency test, but a shareholder receiving such a payment in bad faith should also be bound by this obligation. Furthermore, the directors should be obligated to convene a general meeting at a much earlier point of time. Finally, the legal name given to an *Unternehmergesellschaft* is poorly constructed, as it may give con-

tracting parties a false impression of the company's nature. Overall, however, the analysis of this more flexible system of creditor protection in both reforms leads to the conclusion that it constitutes a good alternative to the traditional system based on minimum legal capital rules.

Key words: limited liability company, *Unternehmergesellschaft*, legal capital, solvency test, accumulation of profit.

MARIA HOROSZKO

Łącznik siedziby spółki w polskim i niemieckim prawie międzynarodowym prywatnym na tle europejskim

The company's seat as a connecting factor under Polish and German international private law on the European background

Streszczenie

Wskutek unijnego orzecznictwa zakorzeniona w polskiej i niemieckiej tradycji prawnej teoria siedziby stała się przedmiotem licznych dyskusji w doktrynie obu państw. W Polsce najistotniejszym obszarem sporu jest rozumienie pojęcia „siedziba" użytego w ustawie Prawo prywatne międzynarodowe z 2011 r. Z kolei niemiecki ustawodawca, używając niebudzących wątpliwości pojęć, reformą z 2008 r. dopuścił możliwość posiadania przez spółkę siedziby rzeczywistej poza terytorium kraju. W konsekwencji w Niemczech coraz częściej słyszy się głosy negujące obowiązywanie czystej teorii siedziby, która przez lata nie była podawana w wątpliwość. Unijne orzecznictwo dotyczące swobody przedsiębiorczości wymusza w obu krajach poddanie pod dyskusję zasadności zmian ustawowych w kierunku teorii inkorporacji lub jednej z teorii pośrednich. Teoria inkorporacji zdaje się najpełniej odpowiadać swobodzie przedsiębiorczości, jednak niesie za sobą zagrożenie tworzenia tzw. pseudozagranicznych spółek.

Słowa kluczowe: teoria siedziby, teoria inkorporacji, swoboda przedsiębiorczości, transgraniczne przeniesienie siedziby, siedziba rzeczywista.

1. Uwagi wstępne

Jednym z obszarów prawa, który po wejściu do Unii Europejskiej nabiera coraz większego znaczenia, jest europejskie prawo spółek. Wśród wielu zagadnień, którymi zajmuje się to ostatnie, znajduje się również kwestia znalezienia odpowiedzi na pytanie, jak bardzo mobilność spółek kapitałowych na obszarze Unii Europejskiej zależy od prawa regulującego tę materię w państwie imigracji – a tym samym, według jakiego statutu personalnego kwestie dotyczące danej spółki muszą być rozpatrywane. Określenie łącznika siedziby spółki, a co za tym idzie, określenie systemu prawnego, któremu podlegać będzie dana spółka, stanowi podstawowy problem kolizyjno-prawny przy transgranicznych operacjach związanych z przenoszeniem siedziby spółek.

Problematyka ta, ze względu na swoją doniosłość prawną w dobie internacjonalizacji podmiotów gospodarczych, stała się również obszarem zainteresowania polskiej doktryny. Głos w dyskusji dotyczącej łącznika siedziby spółki zawartego w polskich regulacjach kolizyjnoprawnych zabierało wielu wybitnych polskich cywilistów, w tym także Stanisław Sołtysiński. Zagadnienie to nie jest również obce niemieckim badaczom. Warto więc przyjrzeć się obowiązywaniu teorii siedziby na gruncie tych dwóch porządków prawnych, a także porównać ją z alternatywną do niej teorią inkorporacji oraz teoriami pośrednimi.

2. Reżim prawny

Podstawowe pytanie, które pojawia się w aspekcie mobilności spółek kapitałowych, dotyczy wyboru porządku prawnego, który będzie miał zastosowanie przy tworzeniu i funkcjonowaniu spółek prawa polskiego i niemieckiego. W przypadku transgranicznego przeniesienia siedziby spółki istnieje ryzyko zmiany statutu personalnego spółki, a co za tym idzie – konieczności stosowania obcych przepisów prawa, co w praktyce powodować może wiele problemów oraz niedogodności.

Każda spółka posiada określony statut personalny (*lex societatis*). Pod tym pojęciem rozumie się prawo, któremu podlega ocena zdolności i innych elementów statutu osobowego osoby prawnej (Pazdan, 2012, s. 104). Statut personalny określa się w oparciu o normy prawa kolizyjnego danego porządku prawnego. W Polsce jest on wyznaczany na podstawie ustawy Prawo prywatne międzynarodowe (ustawa z 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe, Dz.U. z 2011 r. Nr 80, poz. 432, ze zm. – dalej: p.p.m.), natomiast w niemieckiej ustawie zawierającej normy kolizyjne i regulującej

kwestie międzynarodowego prawa prywatnego (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 21. September 1994*, t.j. BGBl. I s. 2494; 1997 I s. 1061, ze zm. – dalej: EGBGB) nie ma odpowiednich regulacji. Sposób określania statutu spółki w prawie niemieckim wypracowany został natomiast przez orzecznictwo niemieckich sądów oraz doktrynę.

Kolejną kwestią związaną z wyznaczeniem prawa właściwego dla spółki jest określenie okresu lub konkretnych aspektów funkcjonowania spółki, w którym dany statut personalny obowiązuje. Istnieje bowiem możliwość, by w różnych momentach działania spółki lub przy chociażby dokonywaniu różnych czynności prawnych miała ona różny statut personalny, co nie jest jednak często spotykane w praktyce. Według dominującej w niemieckiej doktrynie teorii jedności (*Einheitstheorie*) spółka przez cały okres swojej egzystencji ma jednolity statut personalny, na podstawie którego określane są wszystkie dotyczące jej stosunki prawne, np. w przypadku spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (*Gesellschaft mit beschränkter Haftung* – dalej GmbH) m.in. warunki jej istnienia w organizacji (*Vor-GmbH*), warunki nabycia osobowości prawnej, jej zakres, zadania i uprawnienia organów (Hueck i Fastrich, 2010, s. 25). W Prawie prywatnym międzynarodowym (art. 17 ust. 3) polski prawodawca wprost zawarł przykładowe zestawienie kwestii, które są objęte statutem personalnym osoby prawnej. Wynika z niego wyraźnie, że przy wyznaczaniu statutu personalnego spółki ustawodawca *expressis verbis* hołduje zasadzie jedności (*Einheitstheorie*), określając go w sposób jednolity zarówno w każdej fazie jej bytu, jak i podczas podejmowania różnych czynności prawnych (Ludwiczak, 1996, s. 169–171; Pazdan, 2012, s. 110–111).

Ważną rolę odgrywa wyznaczenie łącznika kolizyjnego, a więc kryterium powiązania osoby prawnej z państwem, za pomocą którego ustala się prawo właściwe dla relacji prawnokorporacyjnych (Oplustil, 2011, s. 635). Dwoma łącznikami kolizyjnymi, które najczęściej pojawiają się w uregulowaniach kolizyjnych europejskich porządków prawnych, są: teoria siedziby rzeczywistej, która mówi, że za siedzibę w tym wypadku uznaje się rzeczywistą siedzibę organu zarządzającego, oraz teoria inkorporacji, która zakłada, że właściwe w tym wypadku jest prawo kraju, w którym spółka została założona. Zastosowanie tych łączników kolizyjnoprawnych bywa uzupełniane przez regulacje prawa prywatnego międzynarodowego poszczególnych porządków prawnych (w Polsce jest to art. 17 i nast. p.p.m., natomiast niemieckie EGBGB nie reguluje w ogóle kwestii dotyczących osób prawnych – kwestie te miały być co prawda uregulowane w ustawie dotyczącej prawa międzynarodowego prywatnego właściwego dla spółek, stowarzyszeń oraz osób prawnych, ta jednak nie została uchwalona), publicznoprawne umowy międzynarodowe (np. niemiecko-amerykańska umowa o przyjaźni, handlu

i żegludze – *Freundschafts-, Handels- und Schiffahrtsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika* z 29 października 1954 r. – BGBl. 1956 II, s. 487) oraz unijną swobodę przedsiębiorczości, która została sprecyzowana w szeregu orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości (Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej; do wejścia w życie Traktatu Lizbońskiego 1.12.2009 r. – Europejski Trybunał Sprawiedliwości; dalej TS).

3. Łącznik siedziby

Według teorii siedziby prawem właściwym dla spółki jest prawo spółek tego państwa, w którym ma ona siedzibę. Teoria ta nie ma charakteru jednolitego. Zróżnicowanie polega na różnym rozumieniu pojęcia „siedziba" w zależności od systemu prawnego. Przez to pojęcie rozumieć można siedzibę rzeczywistą bądź statutową. Zwykle przyjmuje się – zgodnie z rozumieniem tego pojęcia jako siedziby rzeczywistej – że jest to miejsce, w którym znajduje się stała siedziba organów zarządzających daną osobą prawną i w którym podejmowane są decyzje o największym wpływie na jej funkcjonowanie (Pazdan, 2007, s. 415). Według niemieckiego orzecznictwa, za rzeczywistą siedzibę spółki (*tatsächlicher Verwaltungssitz*, *effektiver Sitz*) uznaje się miejsce, w którym zasadnicze decyzje jej zarządu są efektywnie przekształcane w bieżące akty prowadzenia spraw spółki (wyrok Trybunału Federalnego z 21 marca 1986 r., V ZR 10/85, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1986, s. 2194). Inne odmiany teorii siedziby – rozumiejące ją jako siedzibę statutową – łączyły siedzibę spółki z miejscem określonym w umowie lub statucie jako siedziba spółki (*Satzungssitz*). Istnieją wreszcie koncepcje łączące teorię siedziby z miejscem, gdzie znajdują się zakłady należące do spółki (teoria eksploatacji – *Exploatationstheorie*), z miejscem, gdzie działają organy powołane do jej reprezentowania, czy też miejscem, w którym odbywają się walne zgromadzenia wspólników lub akcjonariuszy (por. Grasmann, 1970, s. 114–126). W doktrynie podnosi się jednak, że obecnie znaczenie mają jedynie teoria siedziby rzeczywistej oraz teoria odnosząca się do siedziby statutowej (Klyta, 2002, s. 26; Großfeld, 1993, s. 5).

3.1. Zarys historyczny oraz obszar obowiązywania

Teoria siedziby zaprezentowana została w Belgii i Francji w XIX wieku (por. art. 128, 129 belgijskiej ustawy o spółkach handlowych z 1873 r.; Cass. civ. 20.6.1870, s. 1870 I.373, za: Großfeld, 1995, s. 38). W Niemczech obowiązywała ona od początku XX wieku (wyrok Sądu Rzeszy z 9 marca 1904 r.,

457/03, *Juristische Wochenschrift*, 1904, s. 231), w Polsce zaś już Ustawa z 2 sierpnia 1926 r. o prawie właściwym dla stosunków międzynarodowych prywatnych (Dz.U. z 1926 r. Nr 101 poz. 581) zawierała (w art. 1 ust. 3) odwołanie do teorii siedziby. Większość państw Europy kontynentalnej przyjmuje przedmiotową teorię. Do grona tych krajów należą m.in.: Polska, Francja, Belgia, Hiszpania, Grecja, Portugalia oraz Niemcy.

3.2. Łącznik siedziby spółki w Polsce

W myśl art. 17 ust. 1 polskiego p.p.m., osoba prawna podlega prawu państwa, w którym ma siedzibę. Natomiast według ust. 2 tego artykułu, jeśli prawo wskazane w ust. 1 (ustalone na podstawie teorii siedziby) przewiduje właściwość prawa państwa, na podstawie którego osoba prawna została utworzona, stosuje się prawo tego państwa. Przywołana regulacja zdaje się być wyrazem poszukiwania kompromisu pomiędzy podstawowymi teoriami – siedziby i inkorporacji.

Sporne na gruncie nowej ustawy jest rozumienie przepisu art. 17 i art. 19 p.p.m. Spór w doktrynie dotyczy tego, czy użyte w tych przepisach słowo „siedziba" tyczy się siedziby rzeczywistej czy siedziby statutowej. Kwestia ta jest kluczowa, ponieważ to ona decyduje o tym, jaki łącznik będzie miarodajny dla ustalenia statutu personalnego spółki.

3.2.1. Siedziba jako siedziba rzeczywista

Na gruncie poprzedniej ustawy Prawo prywatne międzynarodowe z 12 listopada 1965 r. (t.j. Dz.U. Nr 46, poz. 290, ze zm.) i zawartego w niej art. 9 § 2, żywe były dyskusje dotyczące rozumienia pojęcia siedziby zastosowanego w tych przepisach. Dyskusje te nie ustały po wejściu w życie nowych przepisów. Duża część doktryny opowiadała się, i nadal opowiada, za rozumieniem siedziby spółki jako jej siedziby rzeczywistej, a więc miejsca, w którym znajduje się faktyczna, trwała siedziba organów zarządzających daną spółką (Sołtysiński, 2001, s. 256; Pazdan, 1996, s. 83). Taką wykładnię potwierdza rządowe uzasadnienie art. 19 p.p.m. projektu nowej ustawy, w którym podkreślone zostało, że chodzi w nim o „przeniesienie siedziby głównej osoby prawnej" (druk sejmowy nr 1277, s. 14–15). Ponadto, interpretacja taka znajduje potwierdzenie również w art. 41 Kodeksu cywilnego, według którego przez siedzibę osoby prawnej rozumie się miejscowość, w której siedzibę ma organ zarządzający osoby prawnej, jeżeli ustawa lub oparty na niej statut nie stanowi inaczej (Ludwiczak, 1996, s. 168; Bagan-

-Kurluta, 2006, s. 158; orzeczenie Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 6 października 1998 r., I Acz 841/98, OSA 1990, Nr 4, poz. 16). Tak więc zarówno wykładnia historyczna, jak i uzasadnienie ustawodawcy wskazują na chęć zachowania statusu *quo ante*, w którym pod pojęciem siedziby rozumiana byłaby siedziba rzeczywista. Jednakże nawet wśród zwolenników takiej teorii pojawiają się symptomy wskazujące na powolną zmianę kursu w kierunku innego rozumienia tego pojęcia. Według niektórych autorów należy brać pod uwagę całokształt danego przypadku, w tym również siedzibę statutową oraz miejsce, w którym działają organy kierujące (Pazdan, 2012, s. 106).

Podstawowym polem krytyki teorii siedziby jako siedziby rzeczywistej jest kwestia konieczności prounijnej wykładni przepisów prawa krajowego, ponieważ jej założenia pozostają nie do pogodzenia z traktatową swobodą przedsiębiorczości (Kołodziej, 2014, s. 14). Ustalenie siedziby rzeczywistej spółki jest w praktyce o wiele trudniejsze niż ustalenie jej siedziby statutowej, co rodzi problemy zarówno dla uczestników obrotu, jak i dla podmiotów stosujących prawo (urzędów czy sądów). Uczestnicy obrotu nie mają możliwości sprawdzenia w żadnym rejestrze, gdzie w rzeczywistości znajduje się siedziba danej spółki, a sądy muszą być przygotowane na podniesienie zarzutu w przypadku pozwania spółki przed polski sąd, że jej siedziba rzeczywista znajduje się gdzie indziej, a co za tym idzie, jej statut personalny wyznacza obce prawo. Ponadto, w razie przyjęcia teorii siedziby rzeczywistej zmiana siedziby mogłaby następować na skutek wielorakich zdarzeń, często nawet w sposób niezamierzony, na przykład poprzez podjęcie przez zarząd aktywności za granicą, czy też nabycie większości udziałów przez cudzoziemców (Kołodziej, 2014, s. 14). Możliwość powstania takich sytuacji powoduje stan niepewności prawnej. W szczególności podjęcie przez zarząd aktywności za granicą skutkować może zmianą statutu personalnego i utratą podmiotowości prawnej, co naruszałoby podstawowe założenia podziału kompetencji w spółkach kapitałowych oraz *de facto* unicestwienie spółki bez zgody, a nawet wiedzy wspólników (Opalski, 2010, s. 102).

Również Trybunał Sprawiedliwości ograniczył możliwość stosowania teorii siedziby rzeczywistej. Uznał on, że koncepcja kolizyjna nie może stanowić podstawy odmowy uznania zdolności prawnej spółki (por. wyrok w sprawie *Überseering* z 5 listopada 2002 r., C-208/00, Zb. Orz. 2002, s. I–09919) oraz że istotne aspekty statutu personalnego spółki determinuje prawo państwa, w którym została ona założona i posiada siedzibę statutową (por. wyrok w sprawie *Inspire Art* z 30 września 2003 r., C-167/01, Zb. Orz. 2003, s. I–10155). Dlatego też nawet przyjęcie teorii siedziby rzeczywistej jako obowiązującej wymagałoby, właśnie ze względu na przepisy unijne i pod-

mioty pochodzące z innych krajów członkowskich, licznych korekt i stanowiłoby znaczny kłopot dla orzekających w tych sprawach sądów (Błaszczyk, 2011, s. 97). Co więcej, w gruncie rzeczy polskie sądy ani praktyka nigdy nie ustalały statutu personalnego na podstawie miejsca sprawowania czynności przez organy założycielskie, lecz na podstawie siedziby wskazanej w akcie założycielskim (Opalski, 2010, s. 105). Dlatego sam ten problem jawi się bardziej jako doktrynalny niż praktyczny.

3.2.2. Siedziba jako siedziba statutowa

Zarówno wykładnia prounijna, jak też funkcjonalna i systemowa przemawiają za rozumieniem pojęcia „siedziby", użytego w polskiej ustawie, jako siedziby statutowej. Łącznik ten chroni przede wszystkim interes kontrahentów spółki ze względu na łatwość ustalenia właściwego porządku prawnego, a także cechuje go stabilność, gdyż działania faktyczne, takie jak na przykład podjęcie decyzji zarządczych w innym kraju, czy też przeniesienie części aktywności gospodarczej za granicę, nie powodują jego zmiany. Poza tym zasadą jest, że pierwszeństwo w razie wątpliwości należy dać temu rezultatowi wykładni, który najlepiej odpowiada celowi oraz treści prawa europejskiego, a w tym wypadku to właśnie łącznik siedziby statutowej sprzyja realizacji traktatowej swobody przedsiębiorczości. Łącznik ten sprzyja również szybkości i bezpieczeństwu obrotu międzynarodowego, ponieważ stwarza możliwość uczestnikom obrotu szybkiego ustalenia statutu personalnego spółki na podstawie wyciągu z oficjalnego rejestru, co jest zgodne z wykładnią funkcjonalną tego przepisu (Oplustil, 2011, s. 671). Jedną z najbardziej zauważalnych wad mogą być ewentualne problemy z egzekucją z położonego za granicą majątku spółki oraz brak rzeczywistych i faktycznych powiązań z państwem rejestracji spółki (Klyta, 2002, s. 28). Nie oznacza to jednak, że wada taka w przypadku przyjęcia łącznika siedziby rzeczywistej nie będzie istnieć. Miejsce wykonywania zarządu spółki, z którym identyfikuje się zazwyczaj siedzibę rzeczywistą, nie determinuje miejsca wykonywania faktycznej działalności ani położenia jej majątku (Karczyński, 2011, s. 49).

Dlatego też każdy z wyżej wymienionych rodzajów wykładni przemawia za przyjęciem łącznika siedziby statutowej jako obowiązującego w stosunku do norm art. 17 i art. 19 p.p.m. i gwarantuje jej spójność. Art. 17 § 1 p.p.m. powinien, według zwolenników takiego rozumienia, być odczytywany w ten sposób, że statutem personalnym osoby prawnej jest prawo państwa, w którym ma ona siedzibę określoną w akcie założycielskim oraz we właściwym rejestrze – bez względu na to, gdzie znajduje się siedziba jej

organu zarządzającego. Według art. 17 ust. 2 p.p.m., jeśli prawo wskazane w ust. 1, tj. prawo państwa, w którym spółka ma swoją siedzibę statutową, przewiduje właściwość prawa państwa, na podstawie którego osoba prawna została utworzona, stosuje się prawo tego drugiego państwa. Z reguły te porządki prawne są tożsame – tzn. państwo, w którym znajduje się siedziba statutowa ujawniona w publicznym rejestrze, jest również państwem, w którym spółka została utworzona. Inaczej sytuacja wygląda, gdy państwa te nie są tożsame. Praktycznego znaczenia analizowany przepis nabiera wtedy, gdy państwo inkorporacji osoby prawnej dopuszcza, by jej siedziba statutowa znajdowała się poza jego terytorium, a państwo, na terenie którego siedziba ta się znajduje, za łącznik przyjmuje łącznik inkorporacji – wtedy na podstawie art. 17 ust. 2 p.p.m. sąd polski powinien przyjąć, że ta osoba prawna podlega prawu państwa jej inkorporacji (Oplustil, 2011, s. 673). Kwestie wymienione w przepisie art. 17 ust. 3 p.p.m. również podlegają prawu państwa siedziby statutowej spółki.

Według art. 19 ust. 1 p.p.m., z chwilą przeniesienia siedziby do innego państwa osoba prawna podlega prawu tego państwa. Za rozumieniem pojęcia „siedziby" użytego w powyższym przepisie jako siedziby statutowej przemawia koncepcja racjonalnego prawodawcy, która zakłada, że ustawodawca w ramach jednego aktu normatywnego w sposób konsekwentny posługuje się określonymi pojęciami (Mataczyński, 2013, s. 30). W tym wypadku skutek ten – w postaci zmiany statutu personalnego osoby prawnej – nastąpi w momencie jej rejestracji w nowym państwie siedziby, o ile siedziba statutowa jest siedzibą określoną w publicznym rejestrze (Oplustil, 2011, s. 673). W doktrynie sygnalizuje się ponadto, że przyjęcie koncepcji rozumienia siedziby w art. 19 p.p.m. jako siedziby statutowej nie niesie istotnej normatywnej treści (Mataczyński, 2013, s. 35). Spowodowane jest to głównie tym, że art. 19 ust. 1 zd. 1 p.p.m. powtarza normę, którą można wyprowadzić z art. 17 ust. 1 p.p.m., co czyni go *superfluum* (Mataczyński, 2013, s. 30). Brak określenia przez ustawodawcę wprost w ustawie znaczenia pojęcia siedziby powoduje więc jedynie mnożące się wątpliwości w doktrynie. Dlatego też postulat uregulowania tej kwestii zdaje się być w pełni uzasadniony.

3.3. Łącznik siedziby spółki w Niemczech

W Niemczech sytuacja wygląda inaczej. Teoria siedziby, która również dominuje, nie jest tu uregulowana ustawowo, przyjęta jest natomiast jako prawo zwyczajowe (Hueck i Fastrich, 2010, s. 24–25). Tak więc w sytuacji, gdy niemiecka GmbH mająca siedzibę w Niemczech chciała przenieść swoją

siedzibę do Warszawy przy zachowaniu ciągłości funkcjonowania, realizacja tego przedsięwzięcia była niemożliwa ze względu na to, że spółka ta traciła w międzyczasie swoją osobowość prawną. Spowodowane to było brakiem wymaganej siedziby na terenie Niemiec. Sytuacja ta zaczęła ulegać jednak zmianie po wyrokach Trybunału Sprawiedliwości (por. *Centros*, C-212/97, Zb. Orz., 1999, s. I–01459; *Überseering*, C-208/00, Zb. Orz., 2002, s. I–09919; *Inspire Art*, C-212/01, Zb. Orz., 2003, s. I–10155), który w swoich orzeczeniach oddalał się systematycznie od zasady siedziby spółki i zbliżał ku zasadzie inkorporacji. Wskutek tych orzeczeń zmieniła się częściowo linia orzecznictwa niemieckich sądów oraz poglądy niemieckiej doktryny. Nastąpiło złagodzenie stanowiska w kwestii obowiązywania wyłącznie czystej teorii siedziby. Coraz bardziej widoczne stało się nawet częściowe odchodzenie od tej ostatniej (Saenger, 2011, s. 989). Postulaty przejścia w kierunku teorii inkorporacji podnoszone są *de lege ferenda* także w relacjach z państwami spoza Unii Europejskiej (Behrens, 2003, s. 205; Eidenmüller, 2003, s. 528). Już projekt ustawy dotyczącej międzynarodowego prawa prywatnego spółek, stowarzyszeń oraz osób prawnych z 2008 r., przewidywał w art. 10 właściwość wyłączną prawa kraju, w którym dana spółka wpisana jest do odpowiedniego publicznego rejestru (por. Franz, 2009, s. 1250; projekt dostępny na: http://beck-aktuell.beck.de/sites/default/files/rsw/upload/Beck_Aktuell/Referentenentwurf-IGR.pdf). W oczekiwaniu na nowe regulacje uchwalona została również w 2008 roku tzw. reforma MoMiG (*Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008*, BGBl. I s. 2026), na podstawie której skreślony został z ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością przepis wprowadzający konieczność posiadania przez spółkę siedziby rzeczywistej na terenie kraju (zawarty wcześniej w § 4 a ust. 2 GmbHG). Dzięki nowym regulacjom siedziba statutowa i faktyczna nie muszą być zgodne. Umożliwia to spółkom, mimo dalszego obowiązywania teorii siedziby, emigrację za granicę, także poza obszar Unii Europejskiej i Europejski Obszar Gospodarczy.

3.4. Zalety i wady teorii siedziby

Zaletą teorii siedziby jest niewątpliwie fakt, że dzięki niej najbardziej chronione są interesy państwa siedziby, czyli tego państwa, którego rola oraz udział w funkcjonowaniu spółki na obszarze międzynarodowym są największe. Zasadniczo w takich przypadkach większość dyrekcji, osób zarządzających, posiadaczy akcji, wszelakich beneficjentów oraz wierzycieli zamieszkuje właśnie w państwie siedziby spółki (Großfeld, 1967, s. 22; w stosunku do wierzycieli por. Fischer, 1991, s. 102). Jednakże we współczes-

nej dobie globalizacji i internacjonalizacji życia gospodarczego coraz częściej pojawia się sytuacja, w której państwo siedziby nie pokrywa się z państwem, którego system prawny odgrywa główną rolę w funkcjonowaniu spółki (Kindler, 2010, s. 608). Jednakże błędne byłoby przyjęcie, że sytuacja taka jest sytuacją standardową. Zdaje się ona nadal, mimo rosnącej liczby takich przypadków, być pewnego rodzaju wyjątkiem.

Teoria siedziby spółki ma też wpływ na poziom emigracji spółek do innych porządków prawnych, przez co uniemożliwia omijanie bezwzględnie obowiązujących przepisów ochronnych dotyczących m.in. pracowników, prawa do współdecydowania, wierzycieli, mniejszościowych akcjonariuszy oraz interesów fiskalnych (Schaub, 2008, s. 174). Z drugiej zaś strony w doktrynie spotyka się głosy, które zwracają uwagę na fakt, iż w dobie wciąż zwiększającej się internacjonalizacji obrotu gospodarczego teoria ta ogranicza również mobilność poważnych spółek, tzn. takich, których ruchliwość i potrzeba przenoszenia nie jest podyktowana jedynie względami mniej lub bardziej nieuczciwymi, a rzeczywiście ich transgranicznym i internacjonalnym charakterem (por. Knobbe-Keuk, 1990, s. 325).

4. Łącznik inkorporacji

Teoria powstania, zwana również teorią utworzenia, inkorporacji czy założenia, zakłada, że statutem personalnym spółki jest prawo tego państwa, w którym spółka została założona i wpisana do właściwego rejestru. Łącznik ten określany jest zazwyczaj jako *domicile* spółki i rozumiany jako miejsce jej pierwotnej inkorporacji (Hoffmann, 2012, s. 1662).

4.1. Zarys historyczny oraz obszar obowiązywania

Teoria ta jest przyjęta i praktykowana głównie w anglosaskich systemach prawnych *common law*. Historia jej powstania sięga czasów XVIII-wiecznej Anglii. Istniała tam wtedy silna potrzeba możliwie najefektywniejszej ochrony działań podejmowanych w koloniach, którą umożliwiało zastosowanie właśnie teorii inkorporacji. Dzięki niej spółki były tworzone na podstawie prawa anglosaskiego, a pomimo działalności wykonywanej poza granicami kraju nadal podlegały ochronie przewidzianej przez rodzimy porządek prawny (Kindler, 2010, s. 582). Skutkowało to zarówno zagwarantowaniem pewności obrotu prawnego kupcom, jak i rozwoju gospodarczego państwu. Na terenie Europy kontynentalnej teoria inkorporacji obowiązuje

w Holandii oraz Szwajcarii, a w wersji zmodyfikowanej we Włoszech, Lichtensteinie, na Słowacji, na Litwie oraz w Estonii (Behrens i Hoffmann, 2013, s. 124–125).

4.2. Zalety i wady teorii inkorporacji

Według zwolenników tej teorii sprzyja ona jasnemu i klarownemu ustaleniu statutu personalnego danej spółki chociażby dlatego, że kraj inkorporacji spółki jest łatwy do identyfikacji na podstawie dokumentów założycielskich czy miejsca zarejestrowania spółki (Kindler, 2010, s. 583). Ponadto, ta swoista stabilizacja statutu personalnego, który mimo zmian koncentracji zasadniczej działalności oraz miejsca, w którym znajduje się organ zarządzający, sprzyja mobilności spółek, ponieważ samo przeniesienie działalności do innego kraju nie pociąga za sobą konieczność likwidacji spółki w państwie utworzenia (Oplustil, 2011, s. 641). Teoria inkorporacji oddziałuje także na stabilność prawną spółek poprzez stabilność nabytej osobowości prawnej. Dzięki temu korzystnie wpływa ona na międzynarodowy obrót handlowy oraz orientację przedsiębiorstw na rynek międzynarodowy (Ehricke, 2003, s. 128). Daje ona także impuls do swoistej konkurencji między krajowymi systemami prawa spółek poprzez stworzenie możliwości zakładania spółki w najkorzystniejszym dla wspólników systemie prawnym (Peschke, 2011, s. 1098).

Teoria ta ma również liczne wady. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której założyciele spółki świadomie wybierają taki kraj na jej założenie, w którym interesy wierzycieli są dużo słabiej chronione niż w kraju, w którym spółka w rzeczywistości działa. Z taką sytuacją mamy najczęściej do czynienia w przypadku spółek, które inkorporowane są w amerykańskim stanie Delaware, słynącym z bardzo liberalnego prawa, a zaraz po założeniu przenoszą swoją działalność rzeczywistą do kraju, w którym obowiązują bardziej restrykcyjne przepisy. W takich wypadkach pojawia się problem tzw. pseudozagranicznych spółek (*Scheinauslandsgesellschaft*). Wystąpił on już w latach 50. XX w. w Stanach Zjednoczonych i związany był z liberalnym ustawodawstwem w tej dziedzinie w niektórych stanach, zachęcającym zakładających spółki do wybierania tych miejsc jako ich siedziby, najczęściej jedynie tylko statutowe. Już wtedy w doktrynie zwrócona została uwaga na potrzebę rozróżnienia pomiędzy rzeczywistymi spółkami zagranicznym (*truly foreign corporations*) a pseudozagranicznymi spółkami (*pseudo-foreign corporation)* (Latty, 1955, s. 137). Wskutek tego w ustawach federalnych oraz stanowych zaczęły być umieszczane przepisy dotyczące równouprawnienia, według których spółki zagraniczne nie mogły korzystać z dogodniejszych

regulacji i mieć większych uprawnień niż spółki krajowe (Ebenroth i Einsele, 1988, s. 218). Niektóre stany wprowadziły również teorię siedziby jako obowiązującą. Problem spółek pseudozagranicznych jednak istniał nadal i *de facto* istnieje po dziś dzień.

Na kontynencie również są spotykane kraje, których liberalne ustawodawstwo jest atrakcyjne dla założycieli spółek. Dotyczy to przede wszystkim Lichtensteinu i Andory (Klyta, 2002, s. 57) oraz Wielkiej Brytanii, której prawo przyznaje szerokie uprawnienia akcjonariuszom i wspólnikom przy jednoczesnym liberalnym uregulowaniu problematyki związanej z udziałem pracowników w zarządzaniu przedsiębiorstwem (Merkt, 1995, s. 545–559). W tym kontekście warto zwrócić uwagę na Niemcy, gdzie pojawił się także problem spółek zakładanych w Wielkiej Brytanii jako *limited,* które działalność swoją prowadziły wyłącznie na terenie Niemiec. Teoria siedziby, na której opiera się niemieckie prawo spółek, nakazywała w takiej sytuacji kierować się ku niemieckim przepisom prawa. Niemieckie prawo spółek natomiast zawiera *numerus clausus* możliwych form funkcjonowania spółek, dlatego też taka spółka nie mogła być traktowana jako niemiecka GmbH, ponieważ wymagany przez § 11 ust. 1 GmbHG warunek konstytutywnego wpisu do niemieckiego rejestru handlowego nie został spełniony. Aż do wyroku Trybunału Federalnego z 1 lipca 2002 r. (II ZR 380/00, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2002, s. 3539) niemieckie orzecznictwo odmawiało uznania ich bytu prawnego oraz traktowało je jako fikcyjne spółki zagraniczne. Pozbawione osobowości prawnej nie mogły skutecznie uczestniczyć w obrocie prawnym ani pozywać przed niemieckie sądy. Jednak w oparciu o § 50 ust. 2 ZPO (*Zivilprozessordnung vom 5. Dezember 2005*, t.j. BGBl. 2007 I., s. 1781, ze zm.) mogły być pozywane, co czyniło ich sytuację wielce niekorzystną. Obecnie byłoby to sprzeczne z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości (por. wyrok w sprawie *Überseering* z dn. 5 listopada 2002 r., C-208/00, Zb. Orz., 2002, s. I–09919).

4.3. Ograniczenia i warianty teorii powstania

Wielu zwolenników teorii inkorporacji wskazuje na różne prawne sposoby, które miałyby zapobiegać bezprawnym i nieetycznym zmianom statutu personalnego. Konkretyzację tych idei stanowią wypracowane przez niemiecką doktrynę teorie mające na celu modyfikację teorii powstania. Są to: teoria dyferencjacji (*Differenzierungstheorie*), teoria nakładania się statutów (*Überlagerungstheorie),* ograniczona teoria powstania (*eingeschränkte Gründungstheorie*) oraz teoria kombinacyjna (*Kombinationslehre*).

Celem teorii dyferencjacji autorstwa Grasmanna (Grasmann, 1970) było umożliwienie jak największej swobody kształtowania stosunków prawnych w obszarach działalności spółki i optymalizacja ochrony osób trzecich. Nie opowiada się ona za jednolitością statutu personalnego. W stosunkach wewnętrznych powinna być dopuszczona możliwość swobodnego wyboru prawa przez strony, natomiast w stosunkach zewnętrznych główną rolę powinna odgrywać ochrona obrotu prawnego oraz zasada ochrony osób trzecich (Grasmann, 1970, s. 393–412). Stosunki te powinny być więc oceniane według prawa kraju, w którym czynność została podjęta (*Vornahmestatut*) (Grasmann, 1970, s. 400–401), prawa właściwego dla danego rodzaju stosunku prawnego powstałego pomiędzy spółką a podmiotem trzecim (*Wirkungsstatut*) (Grasmann, 1970, s. 393), prawa kraju, do którego przynależą, tzn. według którego zostały ukształtowane i w ten sposób istnieją (*Orgnisationasstatut*) (Grasman, 1970, s. 404). Teorii tej zarzuca się przede wszystkim, że przeocza ona fakt, iż poszczególne elementy systemu prawa spółek pozostają w związku funkcjonalnym i nie dają się tak łatwo wydzielić i przenieść do innego systemu, a kumulacja statutów prowadzi do znacznych problemów w razie postępowań sądowych (Kindler, 2010, s. 601; Klyta, 2002, s. 60).

Teoria nakładania się statutów, stworzona przez Sandrocka (Sandrock, 2003, s. 447–504), przyjmuje założenie, jakoby istniał jeden statut odwołujący się do prawa państwa, w którym spółka powstała, jednakże bezwzględnie obowiązujące przepisy państwa, w którym spółka ma swoją siedzibę, mogą wyprzeć przepisy państwa inkorporacji, gdy wymagać tego będą bezpośrednie prywatnoprawne interesy (Sandrock, 2003, s. 449–455). Do „nałożenia" statutu siedziby spółki na statut inkorporacji może dojść w przypadku pseudozagranicznych spółek. Pod wpływem orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości (por. wyrok w sprawie *Centros* z 9 marca 1999 r., C-212/97, Zb. Orz., 1999, s. I–01459) Sandrock zmodyfikował swoje dotychczasowe założenia i przyjął, że dla spółek państw należących do Unii Europejskiej wiążący jest statut państwa inkorporacji. Każde odbiegające od tej zasady zastosowanie prawa państwa siedziby postrzega się jako wymagające uzasadnienia naruszenie swobody przedsiębiorczości spółek (Sandrock, 2003, s. 456).

Ograniczona teoria powstania, sformułowana przez Behrensa (Behrens, 1997), zakłada, że spółka z założenia podlega systemowi prawnemu, według którego została inkorporowana. Jednakże istnieją oprócz tego interesy podlegające ochronie poza państwem założenia spółki, dotyczące głównie ochrony osób zainteresowanych (wierzycieli, wspólników oraz obrotu prawnego). W takich przypadkach należy sięgnąć po inne łączniki kolizyjnoprawne. Łącznikiem w takich sytuacjach miałoby być miejsce faktycznej

działalności spółki, nie zaś miejsce siedziby zarządu (Behrens, 2013, s. 141). Jako przypadki, w których inny łącznik dochodziłby do głosu, wymienia się przepisy dotyczące ochrony obrotu, przepisy rachunkowe, przepisy dotyczące odpowiedzialności osobistej wspólnika za zobowiązania spółki oraz odpowiedzialności za przewlekanie wszczęcia postępowania upadłościowego (Behrens, 1997, s. 18; Behrens, 2013, s. 137–140).

Teoria kombinacyjna Zimmera zakłada jednolity łącznik i identyfikuje go w zależności od związku spółki z zagranicznymi porządkami prawnymi (Zimmer, 1996, s. 232–240). Wyróżnione zostają dwie możliwe grupy przypadków. Pierwsza z nich charakteryzuje się brakiem związku spółki z zagranicznymi porządkami prawnymi. Wybór prawa innego państwa nie może w takich przypadkach naruszać przepisów bezwzględnie obowiązujących tego kraju, z którym spółka jest związana. W tym wypadku brak jest zasługującego na ochronę interesu stron, który by takie naruszenia uzasadniał (por. Kindler, 2010, s. 604–607). Do drugiej grupy należą przypadki, które wykazują związek z zagranicznymi porządkami prawnymi i statut określany jest przez prawo państwa założenia spółki. Za taką kwalifikacją przemawiają takie przesłanki jak m.in. stały pobyt wspólników za granicą, czy zagraniczne związki gospodarcze (Leible, 2002, s. 92). W przeciwieństwie do teorii dyferencjacji i teorii nakładania się statutów, teoria kombinacyjna nie prowadzi do mieszania się norm z różnych porządków prawnych (por. Leible, 2002, s. 92). Problemy mogą tylko wyniknąć przy poszukiwaniu odpowiedzi na pytanie, czy w danej sprawie zachodzą wystarczające związki z zagranicznym porządkiem prawnym, aby zastosowanie znajdowało prawo kraju założenia spółki.

5. Wnioski końcowe

Na skutek wyroków Trybunału Sprawiedliwości zasadność stosowania teorii siedziby coraz częściej jest kontestowana zarówno w Polsce, jak i w Niemczech. Niewątpliwie polski ustawodawca nie wykorzystał okazji do rozwiania wątpliwości chociażby poprzez wprowadzenie w nowej ustawie teorii inkorporacji lub wyraźne przesądzenie, że łącznikiem jest siedziba statutowa spółki. Również brak regulacji ustawowej tej materii w Niemczech budzić może zastrzeżenia. Przyjmowana nad Łabą teoria siedziby rzeczywistej staje się coraz częściej (pod wpływem orzecznictwa unijnego) przedmiotem krytyki w doktrynie. Alternatywę stanowi na pewno teoria inkorporacji oraz teoria siedziby statutowej, z których ta pierwsza zdaje się najpełniej spełniać wymogi stawiane przez europejską swobodę przedsię-

biorczości. Również teoria kombinacyjna, będąca rozwiązaniem pośrednim i korzystająca z zalet obu głównych teorii oraz omijająca ich wady, stanowi rozwiązanie warte rozważenia.

Notka biograficzna:

absolwentka polsko-niemieckich studiów prawniczych na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz Europejskim Uniwersytecie Viadrina we Frankfurcie nad Odrą.

Literatura

Bagan-Kurluta, K. (2006). *Prawo prywatne międzynarodowe,* Warszawa: C.H. Beck.

Behrens, P. (1997). *Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung im internationalen und europäischen Recht,* Berlin: de Gruyter.

Behrens, P. (2003). Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Überseering-Urteil des EuGH und den Schlussanträgen zu Inspire Art. *IPRax*, 3, 193–207.

Behrens, P., Hoffman, J. (2013). Internationales Gesellschaftsrecht. *GmbHG Großkommentar*. P. Ulmer, M. Habersack, M. Löbbe (red.). Tübingen: Mohr Siebeck.

Błaszczyk, P. (2011). Pojęcie siedziby osoby prawnej w nowej ustawie o prawie prywatnym międzynarodowym. *Państwo i Prawo*, 11, 84–97.

Ebenroth, Ch., Einsele, D. (1988). Gründungstheorie und Sitztheorie in der Praxis – zwei vergleichbare Theorien? Dargestellt am US-amerikanischen und deutschen Gesellschaftsrecht. *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 87, 217–247.

Ehricke, U. (2003). *Aktiengesetz. Großkommentar*. K. Hopt, H. Wiedermann (red.). Berlin: de Gruyter.

Eidenmüller, H. (2003). Anmerkung zu BGH, Urt. vom 13.3.2003 – VII ZR 370, 98 – Überseering. *Juristenzeitung*, 10, 525–528.

Franz, A. (2009). Internationales Gesellschaftsrecht und deutsche Kapitalgesellschaften im In- bzw. Ausland. *Betriebs-Berater*, 24, 1250–1259.

Fischer, G. (1991). Haftung für Scheininlandsgesellschaften. *IPRax*, 2, 100–105.

Grasmann, G. (1970). *System des internationalen Gesellschaftsrechts – Außen und Innenstatut der Gesellschaften im internationalen Privatrecht*. Herne, Berlin: Neue Wirtschafts-Briefe.

Großfeld, B. (1967). Die Anerkennung der Rechtsfähigkeit juristischer Personen. *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 31, 1–50.

Großfeld, B. (1993). Internationales Gesellschaftsrecht. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetze. Internationales Gesellschaftsrecht*. J. Staudinger, B. Großfeld (red.). Berlin: de Gruyter.

Großfeld, B. (1995). *Internationales und Europäisches Unternehmensrecht*. Heidelberg: Müller.

Hoffmann, J. (2012). *Kommentar BGB AT/EGBGB*. T. Heidel, R. Hüßtege, H. Mansel, U. Noack (red.). Baden-Baden: Nomos.

Hueck, A., Fastrich, L. (2010). *GmbHG Kommentar*. A. Baumach, A. Hueck (red.). München: C.H. Beck.

Karczyński, Ł. (2011). Transgraniczne przekształcenie spółki. *Przegląd Prawa Handlowego*, 12, 43–51.

Kindler, P. (2010). Internationales Gesellschaftsrecht. *Münchener Kommentar zum BGB*. J. Säcker, R. Rixecker (red.), t. XI. München: C.H. Beck.
Klyta, W. (2002). *Spółki kapitałowe w prawie prywatnym międzynarodowym*. Kraków: Zakamycze.
Knobbe-Keuk, B. (1990). Umzug von Gesellschaften in Europa. *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht*, 154, 325–356.
Kołodziej, T. (2014). Transgraniczne przekształcenie spółki w prawie polskim na tle wyroku TS w sprawie Vale (cz. II). *Europejski Przegląd Sądowy*, 3, 13–21.
Latty, E. (1955). Pseudo-Foreign Corporation. *Yale Law Journal*, 2, 137–173.
Leible, S. (2002). Internationales Gesellschaftsrecht. *GmbHG Kommentar*. L. Michalski (red.). München: C.H. Beck.
Ludwiczak, W. (1996). *Międzynarodowe prawo prywatne*. Warszawa: Ars boni et aequi.
Mataczyński, M. (2013). Transgraniczne przeniesienie siedziby statutowej spółki za granicę. *Problemy Prawa Prywatnego Międzynarodowego*. M. Pazdan (red.), t. XIII. Katowice: Wydawnictwo UŚ.
Merkt, H. (1995). Das Europäische Gesellschaftsrecht und die Idee des Wettbewerbs der Gesetzgeber, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 59, 545–568.
Opalski, A. (2010). *Europejskie prawo spółek*. Warszawa: Lexis Nexis.
Oplustil, K. (2011). Łącznik siedziby spółki w nowym prawie prywatnym międzynarodowym. Uwagi na tle europejskim. *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 3, 635–680.
Pazdan, M. (1995). *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa: Wydawnictwo Naukowe PWN.
Pazdan, M. (2007). *Prawo Spółek Handlowych. System Prawa Handlowego*. S. Włodyka (red.), t. II A. Warszawa: C.H. Beck.
Pazdan, M. (2012). *Prawo prywatne międzynarodowe*. Warszawa: Lexis Nexis.
Peschke, T. (2011). Internationales Gesellschaftsrecht. *Handel und Gesellschaftsrecht*. I. Saenger, L. Aderhold, K. Lenkaitis, G. Speckmann (red.). Baden-Baden: Nomos.
Saenger, I. (2011). Internationales Gesellchaftsrecht. *Handels und Gesellschaftsrecht*. I. Saenger, L. Aderhold, K. Lenkaitis, G. Speckmann (red.). Baden-Baden: Nomos.
Sandrock, O. (2003). Die Schrumpfung der Überlagerungstheorie. *Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft*, 4, 447–504.
Schaub, B. (2008). *Handelsgesetzbuch*. T. Ebenroth, K. Boujong, D. Joost, L. Strohn (red.). München: C.H. Beck/Franz Vahlen.
Sołtysiński, S. (2001). *Kodeks handlowy. Komentarz*. S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja (red.), t. I. Warszawa: C.H. Beck.
Zimmer, D. (1996). *Internationales Gesellschaftsrecht*. Heidelberg: Recht und Wirtschaft.

The company's seat as a connecting factor under Polish and German international private law on the European background

Summary

As a result of European jurisdiction, the seat theory, rooted in Polish and German legal traditions, has become a debated subject in both countries' doctrines. In Poland, the meaning of a „seat" as used in the 2011 Polish regulation, „Prawo prywatne międzynarodowe", has become the fundamental matter of dispute. Conversely, the

German legislator, in the 2008 reform, unquestionably allowed companies to have a real seat outside Germany. As a consequence, the operating of a clear seat theory, indubitable before, has been increasingly called into question. In both countries, European jurisdiction regarding the freedom of establishment provokes discussion about legal changes towards incorporation theory or one of the intermediate theories. Incorporation theory seems to respond most fully to the freedom of establishment, even though it carries a risk of founding the so-called pseudo foreign companies.

Key words: seat theory, incorporation theory, freedom of establishment, cross-border transfer of the seat, real seat.

MIKOŁAJ KONDEJ

Due care under the proposed liquidity test to be introduced to Polish company law

Należyta staranność przy teście płynnościowym proponowanym w nowelizacji Kodeksu spółek handlowych

Summary

The article discusses the proposed introduction of a liquidity test to Polish company law. Performing such a test is meant to be a prerequisite for a company intending to make any distribution toward its shareholders. The proposed regulation and doctrine views on it are briefly described. The analysis concentrates on answering the question what it means that the management board performing the test should exercise due care. The author points out to the main practical problems connected with carrying out the test and suggests that those problems may impact the efficiency of the proposed instrument. Finally he makes his own proposal of some amendments to the new regulation.

Key words: liquidity test, distribution, company capital protection.

1. Proposed liquidity test regulations

In 2010, the Polish Civil Code Codification Commission (Polish: Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego) workgroup for company law published a project of the commercial code novelization regarding the reform of regu-

lations governing Polish limited liability companies (Opalski et al., 2010). The whole project was and still is widely discussed both in professional scientific journals as well as in daily press. The aim of this article is to analyze one particular problem connected with the novelization, which, although already mentioned in publications, was never subject to a wider analysis.

The problem is connected with a proposal to introduce to the Polish Code of Partnerships and Companies (CPC) a so-called liquidity test. Under the proposed wording of Article 192 Paragraph 2 of the CPC, a company's management board will be obliged, before making certain distributions to shareholders, to issue a statement on the company liquidity ("liquidity statement"). The statement should confirm that the management board, exercising due care, does not anticipate the company to lose the capacity of performing its due obligations within one year from such distribution. At the same time, under the proposed wording of Article 198 Paragraph 1 of the CPC a shareholder who has received payment in breach of the law or the provisions of the articles of association (the recipient) shall be obliged to return it. What is more, according to the proposed wording of Article 198 Paragraph 3 of the CPC, if a company loses capability of performing its due obligations within a year after making a distribution, the management board members who are liable and responsible for such the distribution hold joint and several liability with a shareholder for returning the distributed sums to the company. However, the shareholders' (and consequently management board members') obligation to return the paid sums does not exists if the shareholder receiving the payment acted in good faith, based on the liquidity statement (even if it was prepared with a breach of Article 192 Paragraph 2 of the CPC).

The above described regulations regarding proposed introduction of a liquidity test were generally positively recognized by Polish doctrine (Zięty, 2011, p. 47; Frąckowiak, 2011, p. 10; Leśniak, 2011, p. 46; Opalski, 2011, p. 13; Katner, Kappes and Janeta, 2011, p. 17; Oplustil, 2011, p. 31; Pabis, 2011, p. 20). The criticism of a liquidity test concentrates not on its merit but rather on an observation that such a test alone is not enough to protect creditors. In particular, it has been stated that:

1) the liquidity test is applicable only in the case of dividend like distributions and does not affect the contractual payments (Frąckowiak, 2011, p. 6) or payments resulting from the redemption of shares (Leśniak, 2011, p. 45);
2) the liquidity test does not prevent the Company from incurring liabilities in a situation in which the Company does not have any valuable assets to satisfy existing debtors (Kappes, 2011, p. 18; Katner, Kappes and Janeta, 2011, p. 15);

3) the obligation of shareholders (as well as management board members) to return the distribution in the event of a breach of Article 192 Paragraph 2 of the CPC exists only if a shareholder acted in bad faith. At the same time, company creditors have very limited possibilities of claiming the paid out funds from shareholders/management board members in the event of company's insolvency (Frąckowiak, 2011, p. 6);
4) the obligation of shareholders (management board members) is to return funds to a company rather than a creditor. A creditor has limited possibilities to exert pressure on a company, so that it sue a shareholder (or a management board member) for return of the distributed funds (Katner, Kappes and Janeta, 2011, p. 15; Pabis, 2011, p. 21);
5) introduction of a liquidity test may lead to disputes between management board members and shareholders (Frąckowiak, 2011, p. 6);
6) there may be doubts whether a sanction provided in Article 198 Paragraph 3 of the amended Code of Partnerships and Companies will be enough to motivate management board members to issue a true and corrected liquidity statement (Kappes, 2011, p. 18; Katner, Kappes and Janeta, 2011, p. 15; Pabis, 2011, p. 20).

2. Due care and a liquidity test

Leaving aside that criticism, in the author's opinion, while analyzing the justifiability of introducing a liquidity test, firstly the question should be asked about the meaning of "due care" that the management board is obliged to execute during preparation of a liquidity statement. Only answering this question will allow us to assess whether such a statement will ensure any kind of protection for the company creditors.

To answer that question, let us first analyze what the term "exercising due care" means in civil law. The term "due care" is defined in Article 355 of the Civil Code. According to paragraph 1 of this regulation *a debtor is obliged to use the care commonly required in relations of a given type (due care)*. At the same time, according to paragraph 2, *the due care of a debtor in his business activity is specified with consideration taken of the professional nature of this business*. "Due care" in respect to the management board members' activities, is also referred to in Article 293 of the CPC according to which *member of the management board, the supervisory board, the audit committee and a liquidator shall, in the course of performing his duties, exercise care characteristic of the professional nature of his activity*.

According to Polish civil law doctrine, due care is a reference standard of care that a creditor may expect from a debtor (Olejniczak, 2014). There is no one, general, defined standard for all situations. Understanding of "due care" should be analyzed case by case (Olejniczak, 2014; Szczurowski, 2014). The objective criteria decide whether this standard is kept or not (Olejniczak, 2014). Determining the standard in particular cases takes place irrespectively of the individual perspective. That means that a reference standard is determined based on an external point of view (Borysiak, 2014). In other words, the standard of care is abstractive, relating to objectified standards of care required in similar relations (Safjan, 2014).

As the standard of care refers to debtor's actions rather than their results (Machnikowski, 2014), the management board obliged to execute due care during the preparation of a liquidity statement will have to perform an analysis of how the distribution will impact the company's future liquidity. This is important because it will not be the final result of the management board's actions that will matter, but the way in which it has come to the conclusions. For example, creditors could have claims against the management board members even if the statement would be formally correct where, for example, the required standard during its preparation has not been kept. That would be the case e.g. if under objective criteria it is assessed that the distribution should not impact the liquidity of the company but the management board did not perform any checks to prove this.

Regarding the required standard of care, in the considered case, it should be noted that Article 293 of the CPC sets out the reference standard for management board members somehow higher than the normal standard defined in Article 355 of the Civil Code. In particular, for assessing whether the management board has exercised due care it is not enough to check whether the care was average care required in similar circumstances (Kidyba, 2014). This is because, the management board member is considered a professional, not the average transacting party (Kidyba, 2014).

The management board members professionalism should be displayed in actions performed in accordance with professional knowledge as well as conscientiousness (Olejniczak, 2014). It is not only the legal regulations that should be taken into account but rather the need of extra commitment, prudence, honesty and accuracy as well (Olejniczak, 2014). The professional involvement should be at such a level that in normal circumstances it would allow management board members successful realization of duties (Judgment of the Polish Supreme Court of 15 March 2012, I CSK 330/11). However, it is not required of a professional to keep the highest standard possible (Olejniczak, 2014). In other words, the reference standard for professionals is

set at a higher level than in the case of other transacting parties taking part in civil transactions (Borysiak, 2014).

Summing up the above views on due care, it should be noted that the required scope of that care is defined case by case. This means that the doctrine does not provide us with clear hints how the management board should prepare a liquidity analysis for the purpose of making a liquidity statement. What we certainly know is that such analysis should be prepared professionally, according to standards existing on the market, taking into account potential expectations of the company creditors and role of a liquidity statement relating to the limits of the allowable distribution (e.g. the role of a liquidity statement in creditor protection).

Additionally, there are also practical problems arising, such as: how should the management board perform an analysis of the future liquidity to be able to prove that it has taken due care? This question was signalized *inter alia* by P. Czachorowski who pointed out that the novelization does not provide any clear criteria based on which a liquidity test should be performed (Piasecka-Sobkiewicz, 2014). Determining such criteria seems crucial as, under the proposed regulations, the management's responsibility for returning the payment to the company depends *inter alia* on its members took all due care. At the same time, the shareholders' obligation to return distributed funds also depends on their good faith while relaying on the management's liquidity statement. As a result, both shareholders and management board members should be interested in making sure that a liquidity statement is always prepared with due care.

Since the civil law doctrine did not help us much while determining what due care taken during the preparation of a liquidity statement is, to solve this issue let us go back to the proposed wording of Article 192 Paragraph 2 of the Code of Partnerships and Companies. The literal wording of this regulation obliges the management to conduct analyses whether the distribution would affect the company's ability to perform its due obligations. What exactly does that mean?

First of all, it should be noted that under the said regulations the management board is obliged to consider the impact of a planned distribution not only on potential cash liabilities but also on all other kinds of liabilities (e.g. contractual liabilities to perform services in the future). This means that the management should prepare a "negative" liquidity statement e.g. for a situation when a distribution would disallow the company to buy the material required to satisfy its contractual liabilities. The impact of the above, will be further analyzed in examples presented in this article.

It should also be noted that the management is obliged to take into account only those company's (financial) obligations which will become due

within one year period from a distribution. This means that even if the management board members knew that the current distribution would cause liquidity problems in 2 years' time, it would be obliged to draw up a "positive" liquidity statement. This fact could certainly be used by shareholders and the management members against company creditors, because shareholders as well as management board members have plenty of possibilities allowing them to manage short time company liquidity (e.g. by prolonging the term of loans from shareholders). As a result they may easily manipulate short-term liquidity, so that the Company passes the test, even though that they knew that in long-term the company would lose liquidity.

The proposed period of analysis (one year) has another negative aspect. Under the proposed regulations, the annual general meeting resolution about distribution will oblige the management board to perform it unless the management can prove that such distribution will have a negative impact on the company's liquidity in the forthcoming year. This could lead to a situation in which the management board is against making a distribution, as it would negatively impact the company long period liquidity, but is forced to make it.

The above described negative consequence could be remedied in several ways. First of all, one could consider prolonging the required analysis period. However, as it will be proved in the further part of this article, forecasting company's liquidity is hard enough even for a one-year period. Thus, implementing a long analysis period without changing anything more would make determining what is "due care" during the preparation of a liquidity analysis even harder than it is now.

Secondly, a regulation could be introduced obliging the management board to issue a negative liquidity statement when it is clear that the distribution will make the company lose liquidity in the future. This, together with shareholder and management board member responsibility for return of payment to the company (or even better to the creditor), would counteract, at least to some extent, the risk of manipulating with the results of a liquidity test.

Finally, the regulations lifting the corporate veil, in the case of distributions causing a loss of liquidity, could be considered. In particular, one may think of introducing an instrument that grants a creditor a right to reclaim distribution from a shareholder in the case where a company has lost its liquidity within a certain period after that distribution. However, such modifications would require major amendments to the current regulations. Presenting such changes is outside of scope of this article. Here let us only note that any novelization aimed at straightening the position of a creditor seems highly justified. In particular, in the author's view, it is more important to

protect the company's creditor than the company's shareholder. This is not only because a shareholder investing in a business knows a given company better than a creditor and should, in the first instance bear the costs of the company's losing liquidity. More importantly, the shareholder, and a majority shareholder in particular, being one who has a decisive power in a company, can use his position to benefit at the expense of creditors. Law should counteract such practices as they may cause a serious threat to trading safety. Thus, introduction of instruments allowing creditor to reclaim distributions from shareholders, made within a certain period before the company lost its liquidity, should be considered.

3. The liquidity test in practice

Knowing a little more now of what "due care" is and what the legal requirements of a liquidity statement are, we may now go back to the practical aspects of preparing a liquidity analysis. The basic step to assess whether a certain distribution will affect the company's future ability to perform its due obligations, is preparation of the expected cash flow forecast. To do this, from a theoretical perspective, the management board should first verify the amount of cash the company is holding at a given moment and the expected cash inflows and outflows within the forecast period (under the proposed regulations it is a one-year period from the expected date of distribution to shareholders). Generally, if the company's current assets (cash in hand minus the amount of planned distribution plus the sum of expected inflows and outflows) is positive, the management board is entitled to issue a positive statement on the company's liquidity. Of course, there also seems to be necessary to assume some safety margin, however, as this issue will be analyzed more deeply later in this paper, let us leave it for a moment now.

Preparation of the cash flow forecast may seem easy in theory but in practice it may turn out quite problematic. At the same time, the number and complexity of assumptions to be made during the preparation period of such forecast may lead to serious disputes as regard whether the management indeed exercised "due care" during the preparation of the analysis and when making a liquidity statement. To illustrate how problematic preparing a cash flow forecast may be, let us consider a few examples.

Firstly, it must be said that most companies, irrespective of their business type, have significant receivables. It is fairly easy to analyze the due dates of those receivables and verify whether they will be payable within the forecast period (here: one year period from the distribution to a shareholder). However, assessing the expected return from a given receivable is more compli-

cated. In this respect one should carefully consider the economic situation of a debtor and the risk of potential loss if the debt has not pain paid to the company. Moreover, if the risk is significant and the debt is secured, the quality of the security should be assessed. As far as small and medium-sized businesses are concerned, which may have not appropriate procedures implemented to verify quality of receivables on on-going basis, performing such an analysis may not only be time consuming but also expensive, as probably external advisory services may be required. At the same time, doubts may arise how carefully should the management monitor debtors' situation during the preparation of a cash flow forecast. Such doubts may undeniably lead to disputes, whether or not the management has exercised due care when making a liquidity statement.

Secondly, it should be noted that while preparing a cash flow forecast, the management should take into account not only inflows and outflows resulting from the existing receivables and payables, but also those cash flow which may result from future contracts. Frequently, the expected value of such cash flows may be assessed based on historical, statistical data. However, in certain situation, assessment of cash flows resulting from future contracts may be undoable. This would be the case, in particular, if a company participates in public tenders. In practice, it is often hard to assess the chances of winning tender. At the same time, a potential win may seriously affect future cash flows. Let us consider a construction company participating in a public tender for building a highway, competing with several other companies. In the event of winning the tender, the company will need significant cash for, among other materials and to pay subcontractors. Even if these are financed externally (e.g. through a bank credit), the company's own financial contribution would most likely also be required. Imagine that the management assess that the chances of winning the tender are rather small. A question then arises whether the expected cash flows resulting from a potential win in the tender should be taken into account while preparing a liquidity statement. On the one hand, the company creditors could argue that they should, as the management were aware that a tender could be won. On the other hand the management members may argue that the chances of winning the tender were small, and thus the contract impact on the cashflow was unpredicted. This example well illustrates potential disputes that may occur regarding what due care means during the preparation of a liquidity forecast.

One could suggest that making a liquidity forecast, the management board should assess the probability of a certain cash flow and based on that probability include it or exclude it from the forecast. This could be a solution for the purpose of an economic analysis but not when a liquidity test is aimed at being protection for creditors and limitation for the company man-

agement. Process of preparing the liquidity analysis should be as objective as possible, as assessment whether this statement was prepared correctly, may impact on legal position of both creditors and the management board/shareholders. Thus, it could be argued that while making a liquidity analysis for the purpose of a liquidity statement, there is no place for making assumptions about a possibility of certain events. Use of a probability ratio which by its nature is highly subjective, and what is more, in most cases, cannot be determined scientifically, makes the liquidity checks easy to be manipulated with. At the same time, taking into account the purpose of a liquidity statement, it would be the best for the liquidity analysis to be as objective as possible.

The above described examples are a good illustration of problems and disputes that may arise on ground whether due care was exercised during preparation of a liquidity statement. Even from that short analysis the problem of extreme subjectiveness of a liquidity test may easily be seen. In practice, the said subjectiveness would mean that it will be hard to assess whether due care was exercised by the company's management board while preparing a liquidity statement. This means that probably either the creditors will not benefit from the new instrument, or it would require a number of court rulings to determine the required quality standards for performing a liquidity analysis. This also means that at least at the beginning, the result of creditors' claims based on the proposed regulations will be highly uncertain. It may not be excluded that due to the lack of clear regulations, in practice creditors will have a problem proving that the management board members failed to execute their duties while preparing a liquidity statement, as the management may always argue that their assessment of the probability of certain events was simply different from that of the creditors. Taking the above into account, in the author's view, a liquidity test should be modified to make it more objective.

4. Proposal of a modification of a liquidity test

A less subjective liquidity test could be achieved if there were legal regulations providing rules for the manner of preparing a liquidity analysis for the purposes of a liquidity test. However, due to the existing differences between particular businesses, it could be hard to determine very specific regulations that should be applied. Thus, there is rather a need of introducing general, but binding guidelines regulating this issue. In the author's opinion, such guidelines could be based on the existing Accounting Act pro-

visions, that relate to rules governing preparation of companies financial statements. In particular, a legal regulation could be introduced to oblige the management board to prepare a liquidity test for the purposes of a liquidity statement based on, a properly applied prudence principle referred to in Article 7 of the Accounting Act.

In accounting law the prudence principle originally meant that the management board, while preparing accounting documentation, should take care not to overstate the company's assets and not to understate the company's liabilities (Helin, 2014). The same principle required that when determining the company's gains, one should take into account all costs irrespective of their probability and only those incomes which are assured (Michalak, 2013). The prudence principle was further developed and became a general guideline or even philosophy of accounting (Helin, 2014). Nowadays, generally speaking, the prudence principle means that while presenting data in company's financial statements one should not take into account uncertain positive events and take into account all negative events that may occur. Only certain negative events, the probability of which is very low or the results of which are immaterial could be ignored. Introducing a legal regulation obliging the management board to apply the accounting prudence principle while preparing a liquidity statement would mean that when conducting a liquidity analysis, the management should take into account only certain future inflows and all outflows potentially possible (except of those whose probability is very low or which are immaterial). In the author's view, this would make a liquidity statement easier to verify and thus more effective.

Moreover, the author is also of an opinion that an introduction of an obligation for the management board members to publish liquidity statements and results of a liquidity analysis should be considered. This would give creditors a possibility to verify whether due care was indeed exercised and would allow them to make effective claims against the management board members. However, considering such obligation, one may not forgot about the company privacy. Since a liquidity test will most likely have to include business secrets of a company, the management should have a way to limit the amount of data publicly available. This could be achieved e.g. by introducing an obligation on companies to file a liquidity statement and a liquidity analysis with the court register, allowing them at the same time to file parts of a liquidity analysis containing business secrets separately in a closed envelope, which will be publicly available only after a certain period of time or in the event of a dispute.

In the case of companies whose financial statements are subject to an audit, it should be further considered whether a liquidity statement, as well as

a liquidity analysis on the basis of which the statement was prepared, should not be subject to an audit as well. This would give the management additional motivation to prepare a reliable liquidity statement. An audited liquidity statement and a liquidity analysis would give creditors better information and ensure better protection. At the same time, an audit requirement should not generate significant costs for companies. This is because even nowadays the audit of financial statements already verifies most of assumptions on which liquidity analysis is going to be based.

The above proposed modifications could potentially mitigate at least part of the imperfections of the proposed liquidity test, which, as an additional instrument for creditor protection, should be positively evaluated. Nonetheless, it should be noted that, as it was already stated at the beginning of the article, a liquidity test alone seems to solve only certain issues connected with creditor protection. Taking into account the approach of the Polish civil law doctrine, there seems to be a need for yet another instrument providing protection for creditors against unfair shareholders and/or company management. At the same time, however, it should not be forgotten that each business is connected with a certain amount of risk and that discharging a shareholder from liability for company debts plays important role in the investment process, allowing risky businesses to acquire money for their growth. Thus, while setting further regulation protecting creditors, special attention should be given to a balance between the parties' rights. In this respect, a rule of thumb could be proposed providing that the company shareholders should be held liable if they did not provide declared contributions to the company capital or they obtained any distribution from the Company, and as a result the Company could not paid its creditors.

Biographical reference:

Author is a Ph.D. student at the Adam Mickiewicz University (Faculty of Law and Administration) and a graduate from the Adam Mickiewicz University and the University of Economics in Poznań.

References

Borysiak, W. (2014). Komentarz do art. 355 Kodeksu cywilnego. In: K. Osajda, *Kodeks cywilny. Komentarz*. LEX/el.

Frąckowiak, J. (2011). Demontaż spółki z o.o. czy nowy rodzaj spółki kapitałowej – uwagi na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych. *Przegląd Prawa Handlowego*, 6, 5–14.

Helin, A. (2014). Komentarz do art. 6 ustawy o rachunkowości. In: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja (eds.), *Kodeks spółek handlowych. Pozakodeksowe prawo handlowe. Komentarz*, T. 5. Legalis/el.

Kappes, A. (2011). Konieczne zmiany w projekcie reformy struktury majątkowej spółki z o.o. *Przegląd Prawa Handlowego*, 9, 17–20.

Katner, W., Kappes, A., Janeta J. (2011). Kontrowersyjny projekt reformy struktury majątkowej spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. *Przegląd Prawa Handlowego,* 4, 9–17.

Kidyba, A. (2014). Komentarz aktualizowany do art. 293 Kodeksu spółek handlowych. In: A. Kidyba (ed.), *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych*. LEX/el.

Leśniak, M. (2011). Kilka uwag na tle proponowanej nowelizacji Kodeksu spółek handlowych. *Przegląd Prawa Handlowego,* 9, 44–46.

Machnikowski, P. (2014). Komentarz do artykułu 355 Kodeksu cywilnego. In: E. Gniewek, P. Machnikowski (eds.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. Wyd. 6. Legalis/el.

Michalak, M. (2013). Komentarz do art. 7 ustawy o rachunkowości. In: E. Walińska (ed.), *Ustawa o rachunkowości. Komentarz*. LEX/el.

Olejniczak, A. (2014). Komentarz do artykułu 355 Kodeksu cywilnego. In: A. Kidyba (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*. LEX/el.

Opalski, A. (2011). Kilka uwag na temat reformy spółki z o.o. i jej kontrowersyjnej krytyki. *Przegląd Prawa Handlowego*, 9, 11–14.

Opalski, A., Oplustil, K., Siemiątkowski, T., Sołtysiński, S., Szumański, A., Warchoł, J. (2010). Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o. *Przegląd Prawa Handlowego*, 12, 5–27.

Oplustil, K. (2011). Krytycznie o zarzutach krytyków projektu reformy struktury majątkowej spółki z o.o. *Przegląd Prawa Handlowego*, 9, 29–23.

Pabis, R. (2011). Projekt reformy przepisów o spółce z o.o. – głos w dyskusji. *Przegląd Prawa Handlowego*, 7, 16–24.

Piasecka-Sobkiewicz, M. (2014). Nowa forma: spółka bez odpowiedzialności. *Dziennik Gazeta Prawna* (18.03.2014), 53, 4.

Safjan, M. (2014). Komentarz do art. 355 Kodeksu cywilnego. In: K. Pietrzykowski (ed.), *Kodeks cywilny. Komentarz,* T. 1. Legalis/el.

Sołtysiński, S. (2011). Kilka uwag o potrzebie modernizacji spółki z o.o. *Przegląd Prawa Handlowego*, 9, 4–10.

Szczurowski, T. (2014). Komentarz do art. 293 Kodeksu spółek handlowych. In: Z. Jara (ed.), *Kodeks spółek handlowych.* Legalis/el.

Zięty, J.J. (2011). Czy konieczny jest „demontaż" struktury majątkowej spółki z o.o.? *Przegląd Prawa Handlowego*, 9, 47–49.

Należyta staranność przy teście płynnościowym proponowanym w nowelizacji Kodeksu spółek handlowych

Streszczenie

Artykuł dotyczy problematyki wprowadzenia do polskiego prawa handlowego testu płynnościowego jako warunku dla wypłaty przez spółkę świadczeń na rzecz udziałowców. W publikacji krótko przybliżono regulacje związane z proponowaną

nowelizacją oraz omówiono opinie doktryny odnośnie przedłożonej propozycji zmiany przepisów. Głównym problemem rozważań uczyniono zasady sporządzania przez zarząd analizy płynności firmy w kontekście obowiązku dochowania przez ten organ należytej staranności przy składaniu oświadczenia w tym zakresie. W artykule zwrócono w szczególności uwagę na praktyczne problemy przy weryfikacji takiego oświadczenia, zaznaczając, że mogą one negatywnie wpływać na skuteczność proponowanego instrumentu. W tym kontekście zaproponowano również szereg modyfikacji do projektowanych przepisów, które pozwoliłyby uniknąć części ze zidentyfikowanych mankamentów.

Słowa kluczowe: test płynnościowy, świadczenia na rzecz udziałowców, ochrona kapitału zakładowego.

ОЛЬГА МАКАРОВА

Развитие идей Тарасова И.Т. о хозяйственных (правительственных) обществах в современных экономических условиях России

Rozwój koncepcji I.T. Tarasowa o gospodarczych (rządowych) spółkach kapitałowych na gruncie współczesnych uwarunkowań gospodarczych w Rosji

Резюме

Высказанные в свое время идеи известного русского правоведа Тарасова И.Т. об особом правовом положении акционерных обществ с государственным участием, которые он называл хозяйственными (или правительственными), в настоящее время являются как никогда актуальными. В современных условиях России наблюдается усиление роли и влияния государства на экономические процессы, и соответственно, сохраняется его участие в хозяйственных обществах, прежде всего, в акционерных обществах. В представляемой статье рассматриваются особенности правового положения акционерных обществ с государственным участием, заключающиеся в особом порядке управления, особом правовом положении государства как акционера и как носителя публичной власти. Анализируются особенности АО с различной долей участия государства в уставном капитале, а также специальное право управления („золотая акция").

Ключевые слова: акционерное общество, государство, золотая акция, экономика.

1. Формы участия государства в российской экономике

Говоря об акционерных обществах с государственным участием, в конце XIX века И.Т. Тарасов отмечал, что это „те акционерные компании, которые по характеру и значению преследуемой ими задачи настолько отличны от всех остальных акционерных компаний и настолько проникнуты элементами органов управления, что отличие это выражается не только во внутреннем содержании их, но влияет и на форму. Они отличаются особыми способами образования капитала, особыми правами и обязанностями, особым отношением к обществу и к государству, особым управлением" (Тарасов, 2000, с. 168–170). Данное положение остается не только актуальным, но и получило дальнейшее развитие в современных экономических условиях России.

Реалии современной экономической жизни свидетельствуют об активном участии в ней государства, хотя по вопросу относительно масштабов вмешательства государства в экономику, его роли в этом процессе, идет постоянная дискуссия. Глобальный финансовый кризис начала XXI века привел к переоценке роли государства в экономике и к выводу о том, что в условиях глобализации государство является необходимым и неизбежным субъектом рыночной экономики.

В современных экономических условиях российское государство участвует как в коммерческих, так и в некоммерческих организациях различных организационно-правовых форм, посредством которых оно выполняет задачу по удовлетворению общественных интересов и предоставлению общественных благ.

Ключевая роль государства – постоянное обеспечение достойного уровня и качества жизни. Не имеет значения, государственные или частные организации предоставляют коммунальные услуги, ремонтируют и строят дороги, реализуют различного рода программы развития инфраструктуры. В любом случае необходимо, чтобы эти объекты и в целом экономика надежно функционировали. Поэтому поставщиками общественных благ не обязательно должны быть предприятия государственные (Клинова, 2011, с. 148).

Кроме акционерных обществ (далее – АО) и обществ с ограниченной ответственностью, государство является учредителем унитарных предприятий (в том числе, казенных) как коммерческих организаций, а также государственных корпораций, государственной компании и государственных учреждений различных типов как некоммерческих организаций. При этом следует иметь в виду, что, во-первых, эффективность той или иной организации, посредством которой государство решает свои задачи, предоставляя общественные блага, связана не

только и не столько с тем, является ли данная организация собственником имущества или нет, сколько с качеством и эффективностью управления. В качестве стратегической задачи на передний план сегодня выходит рачительное хозяйствование и оптимизация размеров, структуры и эффективности госсектора (Генкин, 2014, с. 11). „Роль государства на этом этапе должна быть достаточно высокой в российской экономике, но при этом нужны серьезные меры по совершенствованию самого государства как субъекта экономической политики. В частности, и по вопросу управления активами государства, по вопросу реформы госаппарата"[1].

Во-вторых, в экономике плох как избыток, так и недостаток государственного участия, поэтому государству желательно не только найти оптимальные организационно-правовые формы, посредством которых оно сможет решать задачу удовлетворения общественных интересов, но и определиться, в каких сферах деятельности (отраслях) присутствие государства является необходимым с точки зрения обеспечения общественных интересов и возможностей государства по управлению, а из каких сфер государство может *уйти*.

Роль акционерных обществ с участием государства

Как правило, АО с государственным участием создаются не только для генерирования прибыли, но прежде всего для решения социальных, экономических, исследовательских и стратегических задач. Именно АО с государственным участием задействованы в реализации длительных инвестиционных проектов, прибыль от реализации которых может быть получена через большие промежутки времени (5–10 лет). Более того, некоторыми видами деятельности могут заниматься только АО с государственным участием.

Таким образом, в силу стратегических причин, необходимости обеспечения безопасности, обороноспособности, решения социально-значимых задач государство сохраняет свое участие в АО и посредством АО осуществляет поставку общественных благ.

Акционерные общества с участием государства – это реальность рыночной экономики. Причем не только российской, но и зарубежной. Подобное участие обусловлено объективными причинами и вытекает из социальной и экономической функции государства. Например,

---

[1] Ученые-экономисты РАН считают необходимым сохранить ведущую роль государства в экономике. Независимая газета, 10.12.2013.

крупнейший железнодорожный перевозчик США – это акционерное общество с участием государства. Форма акционерных компаний широко используется в ФРГ при организации государственных концернов, представляющих собой разновидность холдинговых компаний, в которых тесно переплетаются государственный и частный капитал. В таких концернах капитал головной компании обычно полностью принадлежат государству. Получили они также распространение во Франции (так называемые национальные общества) и в Италии. Акции таких обществ полностью принадлежат государству. Иногда в качестве акционеров выступают другие государственные предприятия (Дойников, 2001, с. 42; Голицын, Юхнин и Фурнье, 2001; Губин, 2006, с. 223–228).

Основными причинами образования АО с тем или иным процентным участием государства в его капитале является, во-первых, то, что акционерная форма дает возможность без каких-либо организационных преобразований *выбросить* на рынок пакет акций для полной или частичной приватизации таких АО и привлечения дополнительных инвестиций с рынка, а не из государственного бюджета. Акционерное общество – это корпоративная коммерческая организация, уставный капитал которой разделен на определенное число акций, рассчитанная на привлечение внешних инвестиций путем дополнительного выпуска акций, выпуска акций различных категорий и пр. Это в полной мере относится и к АО со 100% участием государства, являющимися корпоративными организациями, в которых определенные пакеты акций могут быть проданы инвесторам.

Во-вторых, форма акционерного общества, являющегося коммерческой корпоративной организацией и собственником своего имущества, предполагает, по определению, широкую хозяйственную самостоятельность, что является условием высокой коммерциализации его деятельности (Мишурова, 2012, с. 153).

В-третьих, государство, являясь акционером, может использовать разные формы участия в управлении и обеспечения своего контроля в управлении.

2. Деление акционерных обществ с участием государства

По критерию участия в капитале и степени влияния государства на управление акционерным обществом можно выделить несколько групп акционерных обществ, в которых:

– до 100 % капитала принадлежит государству;

– государству принадлежит контрольный пакет акций;

– государству принадлежит „золотая акция";
– государству принадлежит блокирующий пакет акций (25% плюс одна акция);
– государству принадлежит незначительный пакет акций (менее 25 %).

2.1. АО со 100 % участием государства

Среди АО с государственным участием можно выделить АО, 100% акций которых принадлежат государству. Создание АО со 100% государственным капиталом призвано решить задачу полной зависимости юридического лица от структур государственного управления, недопущения влияния и утечки информации вне его при одновременной достаточной хозяйственной оперативной самостоятельности для достижения коммерческих и иных целей. По данным за 2013 год Российская Федерация является единственным акционером в 709 стабильно функционирующих обществах, что составляет 62% от общего количества таких организаций[2].

Правовое положение российских АО, акции которых полностью принадлежат государству – отличается от положения частных АО (частных корпораций) и требует специального законодательного регулирования, обусловленного наличием целого ряда специфических черт: особым способом учреждения, образования капитала, особым управлением, наконец, особыми целями и задачами, решаемыми такими АО. На этот счет М.Н. Израэлит отмечал, что „сам факт участия государственного капитала в АО требует на практике ряда поправок к закону, созданному для регулирования деятельности частно-предпринимательских организаций" (Израэлит, 1927, с. 58).

Поскольку государство является единственным акционером такого общества, то сохраняет за собой полный контроль в управлении акционерным обществом, образуя его органы.

Собственник-акционер, обладающий пакетом акций, дающим ему возможность определять управление АО, самостоятельно формирует органы АО: либо сам осуществляет управление и заинтересован в его эффективности, т.к. от этого зависят его дивиденды, либо передает управление наемному менеджменту, который также должен быть заинтересован в эффективности управления, поскольку от этого зависит его

---

[2] Отчет об управлении находящимися в федеральной собственности акциями открытых акционерных обществ и использовании специального права на участие на участие РФ в управлении открытыми акционерными обществами („золотой акции") по итогам 2013 года (https://mvpt.rosim/ru/documents/127146; дата обращения: 30.01.2015).

вознаграждение. Отсюда, к слову сказать, конфликт интересов между акционерами (миноритарными и крупными), между акционерами и наемным менеджментом. При этом перед собственниками, готовыми отойди от оперативного управления и передать его профессионально подготовленным менеджерам, стоит задача сохранения контроля над АО и деятельностью менеджеров. Органом, способным при должной степени продуманного механизма его функционирования обеспечить собственникам такой контроль, является коллегиальный орган (совет директоров, наблюдательный совет).

Государство, являясь единственным акционером, так же формирует органы АО: Совет директоров, исполнительный орган. Но от имени государства действуют уполномоченные федеральные органы исполнительной власти, а в предусмотренных законом случаях – государственные корпорации. Фактически АО и его органы находятся в подчинении Правительства РФ или иного федерального Министерства или госкорпорации. Отсюда одна из проблем в управлении АО – замена государственных чиновников профессиональными управляющими и независимыми директорами, получающими вознаграждение и заинтересованными в эффективности управления АО.

2.2. Использование специального права („золотой акции")

Особо следует сказать об АО, в отношении которых принято решение об использовании специального права („золотой акции"). Особенность таких АО заключается в том, что государство, обладая, как правило, миноритарным пакетом акций в таком акционерном обществе, имеет возможность оказывать влияние на управление и контролировать его деятельность, иными словами, имеет избыточные права контроля.

Особое право управления капиталом, получившее название „золотая акция", стало широко применяться в 80-х годах прошлого века в Великобритании, когда правительство Маргарет Тэтчер успешно осуществляло программу приватизации (Дедов, 1995, с. 12–13). С этого времени во многих странах, особенно с переходной экономикой, стали использовать „золотую акцию", под которой понимались специальные права правительства по управлению приватизированными предприятиями, используемые в целях защиты национальных и общественных интересов.

Вместе с тем Европейский Суд признал незаконным использование государством „золотой акции", с помощью которой правительства

таких стран, как Великобритания, Дания, Португалия, Нидерланды, Испания и др., вмешивались в решения частных компаний. Дополнительные права государства, предоставляемые институтом „золотой акции", противоречат духу корпоративного законодательства в отношении прав собственности, что легло в основу запрета разных форм „золотой акции" Европейским судом (Case C-483/99; Case C-503/99; Case-367/98; Commission of the European Communities v Portugal, http://curia.eu.int). Такая практика была признана противоречащей принципу свободного движения капитала внутри ЕС. Однако Европейский Суд допустил возможность применения „золотой акции" исключительно в стратегически важных отраслях. Эти области должны определяться правительствами, что вызывает сложности, так как в разных странах в данную категорию могут включаться совершенно разные виды деятельности. В связи с этим многие европейские государства постепенно отказываются от использования механизмов, аналогичных „золотой акции".

В России понятие „золотая акция" появилось впервые в Указе Президента РФ от 16 ноября 1992 № 1392 о мерах по реализации промышленной политики при приватизации государственных предприятий (Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации, 1992, N 21, ст. 1731). Позже, в Указе Президента РФ от 24 декабря 1993 года № 2284 о государственной программе приватизации государственных и муниципальных предприятий в Российской Федерации (Собрание актов Президента и Правительства Российской Федерации, N 1, 03.01.1994, ст. 2.) (в ред. Указа Президента от 14 марта 1996 г. № 381) отмечалось, что Правительство РФ и Госкомимущество РФ вправе принимать решение о замене пакетов акций, закрепленных в федеральной собственности, на „золотую акцию". Такая „золотая акция" рассматривалась как специальная ценная бумага, эмитируемая создаваемыми в процессе приватизации акционерными обществами, которая предоставляла ее владельцу – государству – наряду с *обычными* правами акционера набор прав, призванный обеспечить контроль государства за деятельностью акционерного общества. Золотая акция как ценная бумага обладала тремя особенностями: исключительность субъекта ее держателя (государство), особое правовое положение и специфический порядок обращения (Дедов, 1995, с. 10–21; Пышкин, 2003, с. 38–44; Волчанский, 2007, с. 43–44).

С принятием законодательства об акционерных обществах и о ценных бумагах конструкция „золотая акция" как особой ценной бумаги пришла в противоречие с пониманием акции. В связи с этим Федеральный Закон о приватизации от 21 июля 1997 года кардинальным обра-

зом изменил конструкцию „золотой акции", оставив лишь прежнее название. Федеральный Закон о приватизации государственного и муниципального имущества от 21 декабря 2001 года лишь конкретизировал нормы закона 1997 года.

Действующим приватизационным законом установлено, что „золотая акция" – это не ценная бумага, а специальное право на участие в управлении АО, используемое государством в целях обеспечения обороноспособности страны и безопасности государства, защиты нравственности, здоровья, прав и законных интересов граждан Российской Федерации. „Столь широкий перечень публичных целей, включающий, помимо конкретных интересов безопасности, еще и абстрактные интересы граждан, создает широкие возможности по ограничению корпоративного управления, позволяет государству оказывать серьезное давление на бизнес, рождает предпосылки для произвольного вмешательства в экономику" (Дедов, 2003, с. 6–8).

Чтобы оправдать использование этого института в российской экономике, необходимо выполнение трех условий для АО: во-первых, они действительно принадлежат к стратегическим АО; во-вторых, государство не располагает другими основаниями для осуществления контроля в этих АО; в-третьих, институт „золотой акции" позволяет активно влиять на принятие решений.

Наличие „золотой акции" позволяло практически полностью приватизировать бывшее государственное предприятие, но при этом не допускать расхищения его имущества, в определенной степени защитить права трудового коллектива на первых этапах функционирования организации как акционерного общества.

Правительство Российской Федерации, принявшее решение об использовании специального права („золотой акции"), назначают представителя Российской Федерации в совет директоров (наблюдательный совет) и представителя в ревизионную комиссию открытого акционерного общества.

Представителем Российской Федерации может назначаться только государственный служащий, который осуществляет свою деятельность на основании положения, утвержденного соответственно Правительством Российской Федерации. „Золотая акция" дает право вето представителю государства при принятии решений по наиболее важным вопросам (о реорганизации, ликвидации АО, изменении уставного капитала, совершении открытым акционерным обществом указанных в главах X и XI Федерального закона об акционерных обществах крупных сделок и сделок, в совершении которых имеется заинтересованность). Кроме того, государство имеет право получать уведомление

о сроках проведения общего собрания акционеров и предлагаемой повестке дня; право вносить предложения в повестку дня годового общего собрания акционеров и требовать созыва внеочередного общего собрания акционеров.

Таким образом, государство, используя „золотую акцию" в таких ОАО, сохраняет право управления, определяет основные направления деятельности АО и решает вопросы развития АО, имея право *вето* по наиболее важным вопросам, что ставит государство в особое положение по сравнению с другими частными акционерами. Безусловно, такая конструкция „золотой акции" не только выходит за рамки принципов корпоративного управления, но и нарушает их.

Несмотря на то, что механизм „золотой акции" предусмотрен также в некоторых развитых европейских странах, инвесторы обычно чрезвычайно осторожно подходят к вопросу об инвестициях в компании, в которых есть „золотая акция". Хотя механизм „золотой акции" может быть полезен с точки зрения защиты прав государства и всего общества, однако с точки зрения принципов корпоративного управления доминирование прав государства нарушает принцип равенства между акционерами (Мишурова и Панфилова, 2012, с. 156).

Таким образом, институт „золотой акции" как способ контроля государства в управлении может быть сохранен только в акционерных обществах, имеющих стратегическое значение и отнесенных к таковым специальным федеральным законом. Кроме того, в законе следует определить основания как для установления специального права государства, так и для его прекращения (Молотников, 2009; Молотников и Текутьев, 2012).

2.3. Смешанные акционерные общества

В связи с тем, что в ближайшие годы планируется сокращение доли участия РФ в уставных капиталах целого ряда АО с государственным участием, актуальность приобретает определение правового положения смешанных акционерных обществ (корпораций), в которых государство участвует в капитале и управлении наряду с частным капиталом.

В России смешанные акционерные общества активно создавались во время первой мировой войны, когда государством были монополизированы целые отрасли хозяйственной деятельности, а также в период новой экономической политики, характеризующийся активным участием государства в хозяйственном обороте. Смешанными обществами

считалось „соединение государства или некоторых других публичных организаций с частными лицами для совместного управления предприятием, которое по внешности носит характер частного товарищества" (Гойхбарг, 1927, с. 125; Венедиктов, 1922, с. 36–37). В конце 20- начале 30-х гг. XX в. смешанные акционерные общества были ликвидированы.

Современное российское акционерное законодательство не содержит критериев, позволяющих определять АО как смешанную корпорацию. Нет таких критериев и в приватизационном законе. Например, ст. 39 ФЗ о приватизации государственного и муниципального имущества, определяющая особенности правового положения открытых акционерных обществ, акции которых находятся в собственности РФ, не определяет долю акций, которая принадлежит публичному образованию.

В смешанном акционерном обществе, наряду с публичным акционером, могут быть и другие акционеры, имеющие различные пакеты акций. В зависимости от этого они либо влияют на дела общества, либо не оказывают такого влияния.

В то время как частные инвесторы обычно становятся акционерами для получения прибыли, государство преследует другие цели. Если для него прибыль не является важнейшей целью, вероятен конфликт с другими акционерами.

В смешанных корпорациях, с одной стороны, должны обеспечиваться интересы государства-акционера. Это возможно, во-первых, путем указания на цели государства при участии в АО. Во-вторых, в определенных случаях законодательство закрепляет приоритет интересов государства по отношению к другим участникам корпоративных отношений. Например, ФЗ о приватизации государственного и муниципального имущества (ст. 40, 41) устанавливает требование о сохранении доли государства в уставном капитале АО при его увеличении путем дополнительного выпуска акций, если в государственной собственности закреплено более 25% акций. Единоличный исполнительный орган АО, включенного в перечень стратегических акционерных обществ, не вправе совершать сделки, связанные с отчуждением акций, внесенных в соответствии с решением Правительства РФ в уставный капитал общества, а равно сделки, влекущие за собой возможность отчуждения или передачи их в доверительное управление без согласия Правительства РФ или уполномоченного федерального органа исполнительной власти. Сделка, совершенная без такого согласия, ничтожна (п. 3 ст. 39 ФЗ о приватизации государственного и муниципального имущества).

Законодательное закрепление приоритета интересов государства как участника корпоративных отношений следует *компенсировать*, уравнять законодательным закреплением дополнительных прав и интересов частных инвесторов. Поэтому, с другой стороны, в смешанных АО должны обеспечиваться интересы и права частных акционеров, которые регламентируются общими нормами акционерного законодательства.

Таким образом, наряду с государством-акционером в смешанных АО присутствуют частные акционеры (инвесторы), имеющие свои собственные цели и интересы. Понятно, что, обладая контрольными пакетами акций, государство будет определять основные направления развития АО, но в таком случае частные инвесторы должны быть осведомлены о целях государства и их интересы в управлении и в принятии стратегически важных решений должны также обеспечиваться. В противном случае, не имея достаточной информации о целях государства, не имея возможности влиять через управление на принимаемые решения, они не будут заинтересованы в инвестировании средств в развитие таких АО. Поэтому особое значение приобретает обеспечение баланса интересов как государства, так и частных инвесторов, что осуществляется через создание эффективной системы корпоративного управления и, следовательно, значение управления в таких акционерных обществах возрастает.

2.4. АО с незначительными государственными пакетами

Наряду со значительными пакетами акций в АО, где государство имеет важные стратегические цели, участие государства сохраняется в тех АО, где государство не имеет ни специальных целей (поскольку АО не предоставляют общественных благ и не оказывают решающего воздействия на конкретные рынки), ни возможностей для реализации своих интересов (поскольку пакеты акций малы). В частности, как следует из Прогнозного плана (программы) приватизации федерального имущества на 2014–2016 г., находящиеся в федеральной собственности *единичные* акции АО не будут приватизироваться по той причине, что „затраты бюджетных средств на подготовку к их приватизации превысят возможные доходы федерального бюджета от их приватизации" (Собрание законодательства РФ, 15. 07. 2013, № 28, ст. 3842). Вместе с тем государство должно нести расходы по управлению такими *единичными* акциями.

Более того, подавляющее большинство открытых акционерных обществ, созданных в результате приватизации, по сути своей не были и сегодня не являются публичными. Их создание не было связано с привлечением инвестиций посредством выпуска акций; многие из них на протяжении всего времени своего существования ни разу не осуществляли привлечение инвестиций посредством дополнительных выпусков акций; их ценные бумаги не обращаются на фондовом рынке. Нагрузка, связанная с соблюдением повышенных законодательных требований к публичным корпорациям, приводит к дополнительным издержкам для таких обществ, которые не компенсируются выгодами, связанными с привлечением инвестиций. Участие государства в уставных капиталах таких акционерных обществ не повлияло на их инвестиционную привлекательность и влечет для государства лишь затраты по управлению.

Следовательно, одна из важнейших проблем – это определение того круга акционерных обществ, в которых участие государства как акционера является экономически оправданным с точки зрения управленческих затрат и эффективности принятия решений, отражающих интересы государства. Стратегия управления государственной собственностью должна исходить из того, что те АО, в отношении которых государство не располагает целями, отличными от целей частного инвестора, должны быть приватизированы.

Биографическая аннотация:

кандидат юридических наук, доцент кафедры коммерческого права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

Литература

Венедиктов, А. (1922). Смешанные акционерные компании. *Экономическое возрождение,* (1), 36–37.

Волчанский, А. (2007). К вопросу о правовом регулировании использования „золотой акции". *Юридические науки*, (6), 43–44.

Генкин, А. (2014). О роли государства: новая реальность требует новых подходов (взгляд экономиста). Приложение к журналу *Предпринимательское право*, (2), 11.

Гойхбарг, А. (1927). *Очерки хозяйственного права*. Москва: Юрид. изд-во НКЮ РСФСР.

Голицын, Ю., Юхнин, А., Фурнье, Ж. и др. (2001). *Участие государства в коммерческой деятельности*. Москва: Юристъ.

Губин, Е. (2006). *Государственное регулирование рыночной экономики и предпринимательства: правовые вопросы*. Москва: Юристъ.

Дедов, Д. (2009). „Золотая акция" и публичные интересы. *Юрист*, (9), 6–8.

Дедов, Д. (1995). „Золотая акция": особенности правового статуса. *Законодательство и экономика*, (23–24), 12–13.

Дойников, И. (2001). *Правовое регулирование государственного предпринимательства: Учебно-методическое пособие*. Москва: Изд-во Приор.

Израэлит, М. (1927). *Акционерные общества: Правовые основания деятельности акционерных обществ с участием и без участия государственного капитала*. Москва: Экономическая жизнь.

Клинова, М. (2011). *Государство и частный капитал: от теории к практике взаимодействия в европейских странах: монография*. Москва: Магистр.

Мишурова, И., Панфилова, Е. (2012). *Корпоративное управление: Учебное пособие*. Москва: Дашков и К.

Молотников, А. (2009). Особенности участия государства в управлении акционерными обществами. *Слияния и поглощения*, (4).

Молотников, А., Текутьев, Д. (2012). Правовые проблемы участия государства в акционерных обществах. *Имущественные отношения в Российской Федерации*, (7/130).

Пышкин, И. (2003). Юридическая природа „золотой акции". *Законодательство*, (12), 38–44.

Тарасов, И. (2000). *Учение об акционерных компаниях. Серия „Классика российской цивилистики"*. Москва: Статут.

Rozwój koncepcji I.T. Tarasowa o gospodarczych (rządowych) spółkach kapitałowych na gruncie współczesnych uwarunkowań gospodarczych w Rosji

Streszczenie

Stworzone niegdyś przez znanego rosyjskiego prawnika I.T. Tarasowa koncepcje o szczególnym statusie prawnym spółek akcyjnych z udziałem państwa, określanych przez niego jako spółki gospodarcze (lub spółki rządowe), okazują się dzisiaj aktualne jak nigdy. Współcześnie obserwuje się w Rosji wzrost znaczenia roli i wpływu państwa na zachodzące w gospodarce procesy, co wyraża się poprzez jego uczestnictwo w spółkach kapitałowych, a zwłaszcza w spółkach akcyjnych. W artykule omówiono charakterystyczne cechy statusu prawnego spółek akcyjnych z udziałem państwa, które wynikają ze szczególnego sposobu sprawowania w nich zarządu oraz ze szczególnej pozycji prawnej państwa jako akcjonariusza i jako podmiotu władzy publicznej. Analizie poddano charakterystyczne cechy spółek akcyjnych z różnorakim udziałem państwa w kapitale statutowym, a także specjalne uprawnienie w procesie zarządzania („złota akcja").

Słowa kluczowe: spółka akcyjna, państwo, złota akcja, gospodarka.

JAGODA PONCYLJUSZ

Wybrane problemy umorzenia udziałów w spółce z o.o. w ujęciu prawnoporównawczym

Redemption of Shares in Limited Liability Company in a comparative legal context – selected problems

Streszczenie

Zarówno w Polsce, jak też w Niemczech wyróżnia się dwa postępowania prowadzące do umorzenia udziału: dobrowolne oraz przymusowe, w Polsce zaś – dodatkowo także umorzenie automatyczne. Poza nazwą występujące w obu krajach umorzenia nie mają zbyt wielu punktów wspólnych, a umorzenie automatyczne jest u naszych zachodnich sąsiadów w zasadzie niedopuszczalne. Trybunał Federalny wciąż nie zdecydował się na zajęcie stanowiska w tej sprawie, natomiast w literaturze niemieckiej przeważa zdecydowanie opinia negatywna. Na gruncie polskim zasadniczy spór dotyczy dopuszczalności tzw. umorzenia sankcyjnego, które stanowi szczególny rodzaj umorzenia przymusowego lub automatycznego, wyróżniającego się poprzez cechę, że przyczyny warunkujące jego zastosowanie odnoszą się bezpośrednio do osoby konkretnego udziałowca. Usunięcie wspólnika ze spółki poprzez sankcyjne umorzenie jego udziałów jest natomiast praktyką całkowicie zgodną z prawem niemieckim.

Słowa kluczowe: umorzenie, udział, wspólnik, spółka, wynagrodzenie.

1. Wprowadzenie

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest popularną formą prowadzenia działalności gospodarczej zarówno w Polsce, jak i w Niemczech, w obu państwach obszernie uregulowaną prawnie. W Niemczech sposób jej funkcjonowania określa *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* z 1892 r. (GmbHG), w Polsce zaś Kodeks spółek handlowych (k.s.h.).

Podczas gdy GmbHG liczy sobie już ponad sto lat, k.s.h. powstał dopiero niedawno, jako odpowiedź na zmiany systemowe, które zachodziły w Polsce na przełomie lat 80. i 90. XX w. Jego twórcami byli prof. A. Szajkowski, prof. J. Szwaja, prof. A. Szumański oraz – przede wszystkim – przewodniczący Zespołu ds. Prawa Spółek Handlowych – prof. S. Sołtysiński. Podjęli oni niezwykle wymagające zadanie zastąpienia nieprzystającego do „nowych czasów" Kodeksu handlowego (k.h.) regulacją, która „nadążyłaby" za, związanym z transformacją polityczną kraju, rozwojem gospodarczym. Choć część przepisów zamieszczonych w Kodeksie handlowym nie zostało poddanych zmianom, to wiele z nich otrzymało w Kodeksie spółek handlowych nowe brzmienie lub uległo widocznej modyfikacji. Jednym z takich uregulowań była norma odnosząca się do umorzenia udziałów. Oszczędny w swej treści art. 193 k.h. został zastąpiony przez mocno rozbudowany art. 199 k.s.h. Za pomocą nowego przepisu legislatorzy doprecyzowali proces umarzania udziałów w znanych już z Kodeksu handlowego trybach oraz wprowadzili rozszerzenie – możliwość umarzania automatycznego (Siemiątkowski, 2000, s. 7–16).

Z uwagi na fakt, że instytucja umorzenia udziałów znajduje szerokie zastosowanie w praktyce funkcjonowania spółek z o.o. (Kawałko, 2006, s. 68), można stwierdzić, że jest to regulacja o dużym znaczeniu gospodarczym. Wobec tego znowelizowany artykuł 199 k.s.h. szybko stał się przedmiotem ożywionej debaty naukowej, która zrodziła liczne wątpliwości natury interpretacyjnej. Te z kolei pociągnęły za sobą problemy o charakterze praktycznym.

Analiza prawnoporównawcza w zakresie umorzenia udziałów jest próbą oceny stosunkowo „młodego" rodzimego przepisu na tle funkcjonującego od kilkudziesięciu lat unormowania niemieckiego. Celem tego zabiegu jest wskazanie możliwości usunięcia niejasności dotyczących regulacji krajowej w oparciu o praktykę stosowania podobnego unormowania w Niemczech.

2. Udział w spółce

Rozumienie terminu „udział w spółce" sprowadza się przeważnie do oznaczenia członkostwa określonego podmiotu w spółce ujmowanej jako prywatnoprawna organizacja wspólników dążących do zrealizowania wy-

znaczonego (najczęściej gospodarczego) celu. Tak skonstruowana definicja właściwa jest zarówno dla spółek o charakterze osobowym, jak i kapitałowym (Herbet, 2004, s. 1).

Opierając się na przepisach o spółce z o.o., można doprecyzować powyższe pojęcie; termin „udział" rozpatruje się przeto w dwóch znaczeniach – określonej części kapitału zakładowego oraz prawa udziałowego wspólnika w przedsiębiorstwie (Koch, 2011, s. 291). Pierwsza z wymienionych kategorii oznacza ujętą liczbowo wartość ekonomiczną, którą wspólnik zobowiązuje się pokryć wkładem o charakterze gotówkowym bądź też aportowym (Kawałko, 2006, s. 22). Druga zaś obejmuje swym zakresem prawa i obowiązki przysługujące danemu podmiotowi na podstawie umowy spółki oraz przepisów ujętych w Kodeksie spółek handlowych (Pabis, 2014, s. 471). Zależność pomiędzy wskazanymi płaszczyznami znaczeniowymi polega z kolei na tym, że członkostwo w spółce powstaje dopiero po przypisaniu wspólnikowi ułamka wartości kapitału zakładowego, który z kolei stanowi podstawowy wyznacznik zakresu jego praw udziałowych (Dumkiewicz, 2012, s. 40).

3. Umorzenie udziału

Jeżeli w spółce dochodzi do umorzenia udziału, to jest to równoznaczne z zakończeniem jego bytu prawnego. Taka sytuacja oznacza, że likwidacji ulegają zarówno cząstka kapitału zakładowego (Kidyba, Kopaczyńska-Pieczniak, Bryłowski, 2010, s. 146), jak i prawa obligacyjno-organizacyjne związane z przedmiotem umorzenia (Jara, 2014, s. 738). W związku z tym, jeżeli umorzeniu zostaną poddane wszystkie udziały określonego wspólnika, to przestaje równocześnie istnieć stosunek członkostwa łączący go z daną organizacją (Kidyba, 2013, s. 248). W przypadku zaś, gdy umorzenie dotyczy generalnie wszystkich udziałów związanych ze spółką, to jest to przesłanką jej rozwiązania (Koralewski, 2012, s. 16).

Umorzenie to proces kilkuetapowy, a stadia, które się na ten proces składają, są różne w zależności od tego, w jakim trybie dochodzi do pozbawienia udziału bytu prawnego. W Niemczech wyróżnia się dwa postępowania prowadzące do umorzenia udziału: dobrowolne oraz przymusowe (Fastrich, 2013, § 34 nb.1), w Polsce zaś – od niedawna – dodatkowo także umorzenie automatyczne (Trojanowski, 2006, s. 603). Poza nazwą, występujące w obu krajach umorzenie dobrowolne oraz przymusowe nie mają zbyt wielu punktów wspólnych, a umorzenie automatyczne jest u naszych zachodnich sąsiadów w zasadzie niedopuszczalne. Tym samym nasuwa się pytanie: na czym polegają wspomniane odmienności i jakie niosą ze sobą konsekwencje?

3.1. Umorzenie dobrowolne

Zacznijmy od analizy umorzenia dobrowolnego w Polsce. Zgodnie z art. 199 § 1 k.s.h. umorzenie udziału możliwe jest dopiero po wpisie spółki do rejestru i tylko w przypadku, gdy umowa spółki tak stanowi. Celem tak skonstruowanej regulacji jest zablokowanie możliwości wycofywania majątku z przedsiębiorstwa w fazie jego organizacji (Kidyba, 2009, s. 430). Uchwała w przedmiocie umorzenia podjęta przed dokonaniem wpisu rejestrowego jest tym samym dokumentem sprzecznym z ustawą, sankcjonowanym normą art. 252 i nast. k.s.h. (Kawałko, 2006, s. 86).

Dopuszczalność umarzania udziałów warunkuje dodatkowo odpowiedni zapis w umowie spółki, który w przypadku umorzenia dobrowolnego ogranicza się zwykle do stwierdzenia, że „udziały mogą być umarzane" (Pabis, 2005, s. 19). Tego rodzaju adnotację można wprowadzić do umowy spółki także następczo.

Dla skuteczności umorzenia dobrowolnego konieczne są także: zgoda wspólnika (którego udział bądź udziały podlegać będą umorzeniu), zawarta pomiędzy nim a spółką umowa ich nabycia oraz odpowiednia uchwała zgromadzenia wspólników (Jara, 2013, s. 739). Warto bowiem zauważyć, że to właśnie poprzez złożenie oświadczenia o zbyciu wspólnik demonstruje swoją akceptację wobec działań podjętych w celu pozbawienia go udziałów; jednocześnie spełniony zostaje wymóg zaistnienia elementu dobrowolności charakterystyczny dla omawianego trybu (Koch, 2011, s. 312).

Opracowanie zagadnienia przesłanek umorzenia dobrowolnego narzuca dodatkowo konieczność omówienia kwestii dopuszczalności nabycia przez spółkę udziałów własnych. Zasada rzeczywistego wniesienia i utrzymania kapitału zakładowego sprawia, że na ogół nie jest to dozwolone. Wyjątek stanowi m.in. sytuacja, w której spółka nabywa udziały z zamiarem ich późniejszego umorzenia – art. 200 § 1 k.s.h. (Jara, 2013, s. 748). Odkupienie od wspólnika udziałów przez spółkę w innym celu niż dozwolony ustawowo skutkuje natomiast bezwzględną nieważnością czynności prawnej, której przedmiot stanowiło owo nabycie – art. 200 § 1 k.s.h. w zw. z art. 2 zd. 2 k.s.h. oraz art. 58 § 1 k.c.

Poza umową przenoszącą udział na spółkę elementem koniecznym procesu umorzenia udziału jest uchwała „zatwierdzająca" jego likwidację podejmowana przez zgromadzenie wspólników. Kolejność pomiędzy uchwałą a umową o przeniesienie udziału na spółkę nie jest, niestety, unormowana w k.s.h. i wywołuje komplikacje zarówno w teorii, jak też praktyce (Herbet, 2004, s. 85–86). W takich okolicznościach możliwe są dwie sekwencje zdarzeń: najpierw nabycie udziałów przez spółkę, a następnie powzięcie stosownej uchwały przez zgromadzenie wspólników oraz przypadek odwrot-

ny od wymienionego. Wątpliwe wydaje się założenie, że najpierw następuje podjęcie uchwały o umorzeniu, a następnie nabycie udziałów przez spółkę, gdyż nie byłoby wówczas przedmiotu zbycia (Kidyba, 2009, s. 434–435). Przyjęcie rozwiązania odwrotnego budzi jednakże pewne niejasności natury teoretycznej. Główny problem stanowi związek regulacji art. 199 § 2 k.s.h. w części odnoszącej się do kwestii ustalania wynagrodzenia za likwidowany udział (w uchwale umorzeniowej) do kwestii ceny nabycia udziału, określanej w drodze negocjacji między wspólnikiem a zarządem spółki. Trudności powstają wówczas, gdy wynagrodzenie przewidziane w uchwale zgromadzenia wspólników okazuje się niższe od ustalonej ceny zbycia udziałów. W praktyce rekomenduje się więc zawarcie umowy zbycia udziałów w celu umorzenia z zastrzeżeniem warunku zawieszającego, co zabezpiecza wspólnika przed poniesieniem ewentualnych strat finansowych w przypadku, gdyby wysokość wynagrodzenia określonego uchwałą zgromadzenia wspólników była w jego odczuciu zbyt niska (Kawałko, 2006, s. 113–118).

Nasuwa się zatem pytanie: czy tego typu komplikacji nie dałoby się wyeliminować? Na uwagę zasługuje fakt, że w Niemczech procedura umorzenia dobrowolnego uregulowana jest w sposób mniej zawiły i znakomicie funkcjonuje od dziesięcioleci. Choć, podobnie jak w Polsce, likwidacja udziału poprzedzona jest podjęciem uchwały przez zgromadzenie wspólników, to nie przewiduje się tu etapu polegającego na nabyciu udziałów własnych przez spółkę w celu ich umorzenia (Strohn, 2010, § 34 nb. 7). W polskiej literaturze fachowej nie sposób zresztą doszukać się rozsądnego uzasadnienia dla tej czynności. Trudno oprzeć się wrażeniu, że drobna modyfikacja treści art. 199 k.s.h. mogłaby usprawnić proces umorzenia dobrowolnego.

3.2. Umorzenie przymusowe

Umorzenie przymusowe to kolejny sposób na dokonanie umorzenia udziału. Jego charakterystyczną cechą jest to, że przesłanka uzyskania zgody wspólnika na uruchomienie procesu prowadzącego do pozbawienia udziałów ich bytu prawnego została przez ustawodawcę wyłączona. Brak przymusu uzyskania akceptacji udziałowca w żadnym jednak razie nie oznacza przyznania spółce prawa całkowitej swobody działań w omawianym zakresie. Z punktu widzenia wymogów proceduralnych niezbędna jest bowiem właściwie skonstruowana umowa spółki, stanowiąca podstawę całego procesu. Jej integralne elementy to szczegółowo określone przesłanki umorzenia, jego tryb oraz uzasadnienie (Wyrwiński, 2004, s. 65).

Przyjrzyjmy się zatem dokładniej pierwszemu z wymienionych elementów. Przyczyny umorzenia przymusowego to takie okoliczności, które mogą

usprawiedliwiać pozbawienie wspólnika praw udziałowych w spółce pomimo braku jego akceptacji dla podjętych w tym kierunku działań (Kopaczyńska-Pieczniak, 2002, s. 227). Trudności w omawianym zakresie powstają z tego względu, że ustawodawca nie określił minimalnego stopnia konkretyzacji ani też grupy rodzajowej warunków, które stanowią, przy spełnieniu pozostałych wymogów przewidzianych w art. k.s.h., podstawę umorzenia. W jakimś stopniu regulację ustawową uzupełnia wyrok Sądu Najwyższego z 12 maja 2005 r., V CK 562/04, który stanowi, że przesłanki umorzenia powinny być sprecyzowane w taki sposób, aby wykluczyć uznaniowość zgromadzenia wspólników podczas podejmowania uchwały finalizującej proces umorzenia. Rozstrzygnięcie to opiera się na przekonaniu, że wyłączenie dopuszczalności wartościowania w omawianym zakresie służy odróżnieniu przymusowego umorzenie udziałów od wymagającego oceny sądu faktu wystąpienia okoliczności pozwalających na wyłącznie wspólnika na podstawie art. 266 k.s.h. (OSNC 2006 nr 4, s. 70). Dodatkowe trudności w zakresie formułowania przesłanek umorzenia powoduje brak kodeksowej regulacji odnoszącej się do zdarzeń, które mogłyby stanowić powód likwidacji udziału. Na podstawie opracowań doktrynalnych za bezsporne przyjmuje się jedynie stwierdzenie, że umorzenie dopuszczalne jest w oparciu o okoliczności mające związek ze spółką jako taką, np. przez wzgląd na amortyzację wniesionych przez wspólnika wkładów niepieniężnych.

3.3. Umorzenie automatyczne

Tematem, który wzbudza spore zainteresowanie, jest umorzenie udziałów w trybie automatycznym. Ten rodzaj umorzenia nie był znany przepisom Kodeksu handlowego. Odpowiednią regulację ustawodawca zawarł po raz pierwszy w Kodeksie spółek handlowych, stanowiąc, że umowa spółki może przewidywać umorzenie udziału w wyniku zaistnienia określonego zdarzenia bez konieczności powzięcia na tę okoliczność uchwały zgromadzenia wspólników, art. 199 § 4 k.s.h. (Pabis, 2005, s. 19). Powodem, który legł u podstaw wprowadzenia nowego typu umorzenia, była chęć umożliwienia wspólnikom mniejszościowym szybkiego wycofania środków finansowych ze spółki. Już na wstępie warto jednak zauważyć, że tzw. umorzenie automatyczne nie jest całkowicie trafnym określeniem dla omawianej instytucji, gdyż niezawodnie funkcjonuje ono tylko wówczas, kiedy likwidowane udziały finansowane są z czystego zysku spółki. W przypadku bowiem, gdy spłata wspólnika odbywa się ze środków uwolnionych z obniżenia kapitału zakładowego niezbędna jest odpowiednia uchwała zarządu spółki (art. 199

§ 5 i § 7 k.s.h.), co jednocześnie wyklucza całkowity „automatyzm" omawianego procesu (Kawałko, 2006, s. 152).

„Określone zdarzenie" inicjujące umorzenie automatyczne może mieć zarówno charakter przyszły i niepewny, jak i przyszły pewny. Do okoliczności tego typu można zaliczyć między innymi: nadejście określonego terminu, obniżenie wartości bilansowej udziału lub osiągnięcie przez niego odpowiednio wysokiej wartości atrakcyjnej dla wspólników, przystąpienie do spółki innych wspólników, zmiana celu spółki oraz wystąpienie w spółce straty.

Z uwagi na to, że umowa spółki może, zgodnie z art. 199 § 4 k.s.h., przewidywać „skrócenie" procedury umorzenia o obowiązek podjęcia przez zgromadzenie wspólników właściwej uchwały, przesłanki tego rodzaju umorzenia muszą być określone z dużą dokładnością (o czym była już jednak mowa przy okazji analizy dopuszczalności umorzenia przymusowego, którego przepisy stosuje się także względem umorzenia automatycznego, art. 199 § 4 in fine k.s.h.), gdyż po ich zaistnieniu nie ma już możliwości powstrzymania zainicjowanego w ten sposób procesu (Kidyba, 2009, s. 438). Nawet bowiem, gdy umorzenie udziałów wiąże się w danym przypadku z koniecznością obniżenia kapitału zakładowego, a więc z uchwałą zarządu spółki, to i tak przepisy o zaskarżaniu uchwał wspólników – art. 249–254 k.s.h. – nie znajdują wówczas zastosowania. Poszkodowany wspólnik może dochodzić swoich praw jedynie na drodze sądowej zgodnie z dyspozycją art. 189 k.p.c. (pozew o ustalenie stosunku prawnego), starając się doprowadzić do unieważnienia decyzji zarządu zapadłej pomimo braku przesłanek umorzenia (Koch, 2011, s. 312).

Należy podkreślić fakt, że w przypadku umorzenia automatycznego rola zgromadzenia wspólników ogranicza się wyłącznie do zawarcia w umowie spółki postanowień umożliwiających przeprowadzenie komentowanej procedury. W przypadku tego szczególnego trybu, zgodnie z art. 199 § 5 k.s.h., to zarząd spółki odpowiedzialny jest za stwierdzenie, czy nastąpiło zdarzenie przewidziane w dokumencie założycielskim i podjęcie uchwały w przedmiocie obniżenia kapitału zakładowego, w razie gdyby czysty zysk spółki nie wystarczał lub nie został przeznaczony na zaspokojenie wspólnika, którego udziały mają ulec umorzeniu. Należy jednakże zaznaczyć, że uchwała ta nie ma charakteru uchwały o umorzeniu, a stanowi jedynie *conditio iuris* umorzenia na skutek zaistnienia zdarzenia przewidzianego umową spółki (Kawałko, 2006, s. 217–219). Tego typu konstrukcja pozwala zyskać na czasie, gdyż zwołanie zgromadzenia wspólników wiąże się przeważnie z zachowaniem odpowiedniej procedury zawiadamiania jego członków o planowanym posiedzeniu (Kidyba, 2009, s. 418).

Niekiedy jednak brak wymogu podjęcia przez zgromadzenie wspólników uchwały w przedmiocie umorzenia, tak charakterystyczny dla opisywanego procesu, wywołuje problemy związane z wypłatą ekwiwalentu za zlikwidowany udział. Zasadniczo wynagrodzenie za umorzony udział nie może być niższe od wartości przypadających nań aktywów netto (termin ten należy rozumieć jako aktywa jednostki pomniejszone o zobowiązania odpowiadające wartościowo kapitałowi własnemu, art. 3 ust. 1 pkt 29 Ustawy o rachunkowości; Pabis, 2014, s. 601), określonych w sprawozdaniu finansowym za ostatni rok obrotowy, pomniejszonych o kwotę przeznaczoną do rozdysponowania miedzy wspólników. Oczywiście może się zdarzyć, że wspólnik wyrazi zgodę na umorzenie należących do niego udziałów bez wynagrodzenia, do czego uprawnia go art. 199 § 3 k.s.h., lub *a minori ad minus* zażąda on ekwiwalentu na poziomie niższym od tego, który gwarantuje regulacja kodeksowa. Jednakże w większości przypadków spółka nie powinna liczyć na zwolnienie z obowiązku wypłaty pełnej należności za umorzony udział. W takiej sytuacji zdarza się, niestety, że nie dysponuje ona wystarczającą ilością wolnych środków koniecznych do spłaty wspólnika bez naruszenia majątku potrzebnego na pokrycie jej kapitału zakładowego. Fakt, iż umorzenie automatyczne nie wymaga uchwały zgromadzenia wspólników i następuje z mocy prawa w razie ziszczenia się przewidzianej w umowie spółki przesłanki, sprawia bowiem, że udziałowcy nie mają szansy oceny, czy zaistniały przesłanki warunkujące jego dopuszczalność. W takich okolicznościach roszczenie wspólnika o wypłatę świadczenia musi poczekać i zostaje zrealizowane dopiero w momencie, kiedy powstaną warunki, aby proces ten mógł odbyć się bez uszczerbku dla kapitału zakładowego (Kopaczyńska-Pieczniak, 2010, s. 205–206).

W Niemczech kwestia umorzenia automatycznego pozostaje nierozstrzygnięta. Trybunał Federalny wciąż nie zdecydował się na zajęcie stanowiska w tej sprawie. Faktem jest, że tego rodzaju uregulowanie mogłoby się okazać przydatnym mechanizmem chroniącym interesy spółki i ułatwiającym jej funkcjonowanie, np. w przypadku śmierci wspólnika. Udziały tego ostatniego zostałyby bowiem, bez spełnienia jakichkolwiek dodatkowych przesłanek, zlikwidowane i dzięki temu przedsiębiorstwo byłoby zwolnione z prowadzenia procedury umorzeniowej wobec spadkobierców zmarłego (zakładając, że wspólnikom zależałoby na utrzymaniu pierwotnego składu spółki i zablokowaniu dostępu osobom trzecim). Tego typu klauzule są jednak w praktyce rzadkością, czego prawdopodobnym powodem jest spór na temat ich dopuszczalności.

Należy zauważyć, że w literaturze przeważa opinia zdecydowanie odrzucająca możliwość automatycznego umorzenia udziałów. Wskazuje się bowiem, że mechanizm ten wiązałby się z pominięciem kontroli zasobów

finansowych spółki, niezbędnej do powzięcia dalszych kroków zmierzających do likwidacji udziałów (§ 30 ust. 3 GmbHG), a przez to w wielu przypadkach z naruszeniem § 19, § 34 ust. 1, § 30 ust. 1 GmbHG. Ponadto, w doktrynie podkreśla się także, że dopuszczenie podobnego rozwiązania mogłoby generować problemy związane z powstawaniem niedozwolonych prawnie spółek bezosobowych (*Keinmann-GmbH*) (Strohn, 2010, § 34 nb. 27–28). Trudności pojawiłyby się także w związku z potrzebą określenia chwili naruszenia obowiązku złożenia zaktualizowanej listy wspólników w sądzie rejonowym (*Amstgericht*) przez właściwy organ przedsiębiorstwa. Zgodnie bowiem z § 40 ust. 1 GmbHG, czynność ta powinna zostać dokonana bezzwłocznie (*unverzüglich – ohne schuldhafte Verzögerung*), licząc od momentu, w którym umorzenie stało się skuteczne. Uchybienie temu przepisowi przez prezesa spółki grozi jego odpowiedzialnością wobec właściciela likwidowanych udziałów, a także jego wierzycieli za wszystkie powstałe z tego tytułu szkody (§ 40 ust. 3 GmbHG), a przecież w rzeczywistości nie zawsze łatwo jest ocenić, czy dana przesłanka z całą pewnością zaistniała i spowodowała umorzenie udziałów (Clevinghaus, 2011, s. 459). Możliwość dopuszczenia umorzenia automatycznego w obecnie proponowanej formie jest więc w Niemczech, jeżeli wziąć pod uwagę wszystkie przywołane argumenty, raczej wątpliwa.

3.4. Umorzenie sankcyjne

Problemów interpretacyjnych przysparza tzw. umorzenie sankcyjne, które stanowi szczególny rodzaj umorzenia przymusowego lub automatycznego, wyróżniającego się poprzez cechę, że przyczyny warunkujące jego zastosowanie odnoszą się bezpośrednio do osoby konkretnego udziałowca (Pabis, 2014, s. 599). Dopuszczalność tego typu umorzenia jest jednak w literaturze i orzecznictwie sporna.

Znane są dwa główne poglądy na temat umorzenia sankcyjnego. Zwolennicy pierwszego z nich kategorycznie sprzeciwiają się stosowaniu umorzenia jako narzędzia pozwalającego usunąć ze spółki określonego wspólnika z powodów ściśle związanych z jego osobą. Przyjmują oni bowiem, że cel ten realizuje instytucja wyłączenia wspólnika (Kopaczyńska-Pieczniak, 2002, s. 225). Sympatycy poglądu przeciwnego utrzymują natomiast, że umorzenie powinno być traktowane jako alternatywa wobec trybu określonego w art. 266 k.s.h. (Kawałko, 2006, s. 145–147). Zważyć należy, że krytycznie co do możliwości zastosowania umorzenia udziałów w celu usunięcia wspólnika ze spółki z przyczyn przewidzianych w art. 266 § 1 k.s.h. wyraził się Sąd Najwyższy w wyroku z 12.05.2005 r., V CK 562/04, przywołując argument,

że za właściwe pole zastosowania umorzenia automatycznego należy uznać sytuacje, w których unicestwienie udziałów następuje w wyniku zaistnienia wyraźnie określonych przyczyn mających charakter zdarzeń dotyczących spółki i leżących w interesie objętych umorzeniem wspólników – np. potrzeba obniżenia kapitału zakładowego (OSNC 2006 nr 4, s. 70). Pomimo jednoznacznego stanowiska SN pogląd zwolenników umorzenia sankcyjnego także zasługuje na uwagę. Nie bez racji wskazują oni bowiem na fakt, że art. 266 k.s.h. stanowi unormowanie, które nie znajduje zastosowania w każdej sytuacji wymagającej usunięcia wspólnika ze spółki. Wystarczy bowiem, że nielojalny wspólnik wejdzie w posiadanie połowy kapitału zakładowego spółki i automatycznie jego sądowe wyłączenie stanie się niemożliwe (Trojanowski, 2006, s. 604). Tymczasem umorzenie sankcyjne daje szansę wspólnikom mniejszościowym zabezpieczenia się przed szkodliwym działaniem posiadacza większości udziałów. Wydaje się zatem, że ustawodawca powinien rozważyć, czy tego typu instytucja nie powinna zostać oficjalnie wprowadzona do polskiego systemu prawnego jako uzupełnienie dla art. 266 k.s.h.

Usunięcie wspólnika ze spółki z „ważnych powodów leżących bezpośrednio w osobie udziałowca" poprzez umorzenie jego udziałów jest natomiast praktyką całkowicie zgodną z treścią § 34 GmbHG. Być może wynika to z faktu, że w niemieckim systemie prawnym nie istnieje instytucja podobna do tej unormowanej w art. 266 k.s.h. W każdym razie, u naszych zachodnich sąsiadów pod pojęciem „ważnego powodu" rozumie się przede wszystkim wszelkie sytuacje związane z uchybieniem zakazowi konkurencji (przykładowo, gdy wspólnik za pośrednictwem Internetu czy prasy ujawnia, że przedsiębiorstwo zmaga się z problemami finansowymi). Wystarczający jest jednak każdy powód świadczący o rażącej nielojalności udziałowca wobec spółki (Strohn, 2010, § 34 nb. 48–49). Co ciekawe, ta nieostra z pozoru regulacja nie narusza przesłanek zasady określoności stanowiącej, że powody prowadzące do umorzenia udziału muszą być sprecyzowane na tyle dokładnie, aby wspólnik wiedział, co może stać się przyczyną likwidacji jego udziałów (wyrok BGH, 9.07.1990 r., ZR II 194/89, NJW-RR 1990, 2622; wyrok BGH, 19.09.2005 r., II ZR 342/03, NJW-RR 205, 3644). Dzieje się tak, gdyż doktryna jednomyślnie przyjmuje, iż różnorodność „ważnych powodów" jest tak duża, że ich konkretyzacja i wyliczenie jest w praktyce niemożliwe. W każdym razie, wątpliwości w omawianym zakresie zawsze mogą zostać poddane weryfikacji sądowej (Ziemons, Jaeger, 2013, § 34 nb. 36). Z powyższego wynika jednak wyraźnie, że dopóki wspólnicy sami mogą dojść do porozumienia, nawet jeśli stawką jest opuszczenie spółki przez jednego z nich, nie angażuje się wymiaru sprawiedliwości.

4. Etap końcowy procesu umorzenia

Na uwagę zasługuje także etap końcowy procesu umorzenia. Należy bowiem zauważyć, że w celu ustalenia stosunków zachodzących między spółką a wspólnikami niezbędne jest wskazanie chwili, w której udział ulega umorzeniu. Ma to decydujące znaczenie dla określenia, kiedy udziałowiec traci członkostwo w spółce (pod warunkiem, że likwidacji uległy wszystkie udziały, których był on właścicielem), a ponadto rozstrzyga, kiedy roszczenie wspólnika o wypłatę należnego mu wynagrodzenia staje się wymagalne (chyba że wyraził on zgodę na umorzenie nieodpłatne) (Kawałko, 2006, s. 232). Moment umorzenia udziałów finansowanych ze środków uzyskanych dzięki obniżeniu kapitału zakładowego wskazuje art. 199 § 7 k.s.h. Stanowi on, iż „w razie umorzenia wymagającego obniżenia kapitału zakładowego, umorzenie następuje z chwilą obniżenia kapitału zakładowego". Zgodnie z dyspozycją art. 255 § 1 i 2 k.s.h., obniżenie kapitału zakładowego i – adekwatnie do tego umorzenie udziałów realizowane w omawianym trybie – zachodzi w momencie wpisu zmiany do rejestru. Czynność ta jest zatem konstytutywna dla uzyskania skutku prawnego w postaci wygaśnięcia prawa udziałowego.

Pewne wątpliwości teoretyczne wywołuje zagadnienie związane z wykonywaniem przez udziałowca praw członkowskich w okresie między powzięciem przez zgromadzenie wspólników uchwały o umorzeniu a chwilą rejestracji obniżenia kapitału zakładowego, która to chwila, jak wskazano wyżej, stanowi jednocześnie rzeczywisty moment likwidacji udziałów. Od razu należy jednak zaznaczyć, że kwestia ta nie dotyczy umorzenia dobrowolnego, bowiem nabyte we wskazanym trybie udziały stanowią do czasu dokonania wymaganego ustawowo wpisu składnik majątku spółki. Komplikacje pojawiają się natomiast w związku z umorzeniem przymusowym, gdyż w tym przypadku do chwili rejestracji obniżenia kapitału zakładowego wspólnik nadal pozostaje beneficjentem „zawartych" w udziale praw członkowskich. Powstaje więc pytanie: czy we wskazanym okresie wymieniony powyżej podmiot może nadal wykonywać prawa wynikające z przypadających mu udziałów, w stosunku do których odpowiednie gremium podjęło już decyzję o umorzeniu przymusowym? W Kodeksie na próżno szukać przepisu rozstrzygającego *explicite* analizowaną kwestię. Wobec braku zakazu ustawowego należy jednak uznać, że wspólnik spółki z o.o. może wykonywać prawa udziałowe aż do czasu rejestracji obniżenia kapitału zakładowego. Niewątpliwie przyjęte rozwiązanie budzi zastrzeżenia z punktu widzenia samej spółki, gdyż, jak nietrudno się domyślić, nierzadko jest ona zainteresowana tym, aby odebrać udziałowcowi przysługujące mu przywileje w trybie natychmiastowym w obawie o własne interesy. Niemniej

w świetle obecnych uregulowań nie istnieje przepis pozwalający na choćby tymczasowe ograniczenie wspólnika w możliwościach wykonywania przypadających mu z tytułu członkostwa w spółce uprawnień. Tego rodzaju zabieg dopuszczalny jest jedynie w procesie o wyłączenie wspólnika, podczas którego sąd może z ważnych powodów w celu zabezpieczenia powództwa orzec o tymczasowym zawieszeniu jego praw udziałowych (art. 268 k.s.h.).

Pewne kontrowersje wzbudza również zagadnienie rozporządzania przez wspólnika prawami udziałowymi w okresie pomiędzy podjęciem uchwały o umorzeniu przymusowym a dokonaniem przez sąd wpisu o obniżeniu kapitału zakładowego do rejestru przedsiębiorców. Mając na uwadze rezultat rozważań dotyczących możliwości wykonywania przez wspólnika praw członkowskich we wskazanym wyżej „okresie przejściowym", nie sposób jest jednak przyjąć, że rozporządzanie udziałami podlega odrębnym regułom. Teoretycznie więc (jeżeli oczywiście umowa spółki nie zawiera w tym względzie szczególnych postanowień) nie istnieją żadne przeciwwskazania, aby uprawniony zbył udziały, nawet po podjęciu przez zgromadzenie wspólników uchwały w przedmiocie ich umorzenia.

W tej sytuacji powstaje kwestia odpowiedzialności wspólnika wobec nabywcy udziałów, które zostały już przeznaczone do likwidacji. Co oczywiste, nie chodzi tu o odpowiedzialność sprzedającego względem kupca za to, że wierzytelność mu przysługuje (art. 516 k.c.) – udział istnieje bowiem aż do momentu dokonania należytego wpisu w przedmiocie obniżenia kapitału zakładowego przez sąd rejestrowy. Wspólnik może być zatem pozwany i zobowiązany do naprawienia szkody wyrządzonej nabywcy tylko w przypadku, jeśli zataił informację o umorzeniu. Nietrudno wyobrazić sobie sytuację, w której udziałowiec, skuszony szansą uzyskania większej sumy pieniędzy ze sprzedaży udziału aniżeli przysługujących mu z tytułu umorzenia, dopuści się podobnej niegodziwości (Kawałko, 2006, s. 233–237).

Kodeks spółek handlowych milczy w przedmiocie momentu umorzenia, jeżeli jest ono finansowane z czystego zysku spółki. Przyjmuje się zatem, że zdarzenie to następuje z chwilą powzięcia przez zgromadzenie wspólników uchwały o umorzeniu udziałów. Oczywiście, przy umorzeniu dobrowolnym niezbędne jest uprzednie uzyskanie zgody uprawnionego, w przypadku zaś umorzenia przymusowego – realizacja ogółu przesłanek ustawowych warunkujących jego skuteczność (Szajkowski, Tarska, 2014, s. 400). Należy dodać, że powyższe reguły stosuje się także wobec umorzenia nieodpłatnego.

Pozostaje jeszcze omówić charakterystyczne dla polskiego systemu prawnego umorzenie automatyczne. W tym przypadku skutek w postaci likwidacji udziału zachodzi wraz z zaistnieniem jednej z przesłanek wskazanych w umowie spółki. Należy ponadto spostrzec, że użyte w art. 199 § 4

k.s.h. sformułowanie stanowiące, iż „udział ulega umorzeniu z chwilą ziszczenia się określonego zdarzenia" funkcjonuje bez zarzutu wyłącznie w przypadku umorzenia z czystego zysku. Co się tyczy umorzenia automatycznego finansowanego ze środków uzyskanych dzięki obniżeniu kapitału zakładowego, następuje ono dopiero w chwili dokonania przez sąd odpowiedniego wpisu w tym zakresie w rejestrze przedsiębiorców. Dzieje się tak dlatego, że art. 199 § 7 k.s.h. znajduje zastosowanie wobec wszystkich typów umorzenia (Litwińska-Werner, 2007, s. 562–564).

W Niemczech etap końcowy umorzenia udziałów przedstawia się nieco inaczej niż w Polsce. W sytuacji, gdy umorzenie następuje bez wynagrodzenia, uzyskuje ono status ważnej czynności prawnej w chwili poinformowania udziałowca o fakcie podjęcia przez zgromadzenie wspólników uchwały w przedmiocie umorzenia (Strohn, 2010, § 34 nb. 72). Komplikacje wywoływała natomiast jeszcze do niedawna kwestia związana z umorzeniem odpłatnym. Wcześniej przyjmowano, że z uwagi na treść § 34 ust. 3 GmbHG (wypłata przysługującego wspólnikowi wynagrodzenia może odbyć się wyłącznie ze środków niezwiązanych przez kapitał zakładowy), umorzenie następuje dopiero w chwili, gdy spółka jest gotowa spełnić swoje zobowiązanie wobec uprawnionego, bez naruszenia wskazanej normy. Ważność uchwały stanowiącej o likwidacji udziałów, a tym samym ważność całego procesu, była zatem „zawieszona" do czasu spełnienia wyżej określonego warunku. Stan taki oznaczał między innymi, że wspólnik, którego udziały formalnie umorzono, utrzymywał status udziałowca, a więc wszystkie związane z nim uprawnienia i obowiązki, łącznie z prawem do dywidendy oraz prawem udziału w głosowaniu nad sprawami spółki, aż do chwili otrzymania pełnej sumy należnego mu wynagrodzenia wypłaconego, rzecz jasna, ze środków niezwiązanych przez kapitał zakładowy przedsiębiorstwa (uchwała BGH, 28.04.1997 r., II ZR 162/96, DStR 1997, 1336; uchwała OLG München, 20.07.1998 r., 23 W 1455/98, NZG 1999, 407). Koncepcja ta budziła jednak wiele zastrzeżeń, dlatego szybko zaczęły pojawiać się propozycje alternatywnych rozwiązań. Najwięcej zwolenników zyskała teza, iż umorzenie uzyskuje status ważnej czynności prawnej natychmiast po poinformowaniu udziałowca o podjęciu uchwały przez zgromadzenie wspólników w przedmiotowej sprawie (Ziemons i Jaeger, 2013, § 34 nb. 54–55). Przychylił się do niej ostatecznie także Trybunał Federalny i podkreślił, że wspólnicy, którzy uczestniczyli w podejmowaniu uchwały w przedmiocie umorzenia udziałów, będą od tej chwili osobiście i subsydiarnie odpowiedzialni za wypłacenie uprawnionemu stosownego wynagrodzenia za umorzony udział. Trybunał dodał nadto, że tego typu rozwiązanie znajdzie zastosowanie tylko wówczas, gdy w chwili podejmowania uchwały w spółce znajduje się dość wolnych środków finansowych, aby z teoretycznego punktu

widzenia, mogło dojść do wypłaty wynagrodzenia w trybie natychmiastowym (Altmeppen, Roth, 2012, § 34 nb. 7). Powyższe rozstrzygnięcie Trybunał uzasadnił podkreślając, że „stan zawieszenia", który nastawał niegdyś po podjęciu uchwały przez zgromadzenie wspólników, powodował zbyt poważne i nieuzasadnione niebezpieczeństwo dla interesów spółki w szczególności, gdy przyczyną umorzenia był ważny powód zaistniały po stronie wspólnika (wyrok BGH, 24.01.2012 r., II ZR 109/11 – OLG Dresden, s. 7).

Powyższe orzeczenie, choć niewątpliwie eliminuje zagrożenia wynikające z „zawieszenia" uchwały, ma także swoje wady. Po pierwsze, odnosi się wyłącznie do umorzenia przymusowego, a zatem kwestię umorzenia dobrowolnego pozostawia otwartą. Po drugie zaś, przerzuca odpowiedzialność za spłatę należnego uprawnionemu wynagrodzenia na wspólników, którzy brali udział w głosowaniu nad uchwałą w przedmiocie umorzenia, co godzi w treść § 13 ust. 2 GmbHG (przepis ten stanowi bowiem, że zobowiązania spółki regulowane są wyłącznie z jej majątku, a każde odstępstwo od tej zasady wymaga wyraźnego uregulowania w ustawie) (Ziemons, Jaeger, 2013, § 34 nb. 57).

Podsumowując, można stwierdzić, że w Polsce moment umorzenia udziału został dość dokładnie określony w ustawie i jedynie w niewielkim zakresie kwestię tę uzupełniają komentarze doktryny. Wprawdzie pożądane byłoby wprowadzenie bardziej szczegółowych regulacji (choćby ograniczających wspólnika w rozporządzaniu udziałem, wobec którego rozpoczął się już proces likwidacyjny), jednak na tle rozwiązań niemieckich są one i tak wyjątkowo wyczerpujące i jasne. Rozstrzygnięcie niemieckie opiera się na zdawkowym oraz dość kontrowersyjnym wyroku Trybunału Federalnego i w niewielkim stopniu na dorobku wypracowanym przez naukę.

Notka biograficzna:

absolwentka polsko-niemieckich studiów prawniczych na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz Europejskim Uniwersytecie Viadrina we Frankfurcie nad Odrą.

Literatura

Altmeppen, H., Roth, G.H. (2012). *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG)*. Köln: C.H. Beck.

Baumbach, A., Hueck, A. (red.) (2013), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar*. München: C.H. Beck.

Clevinghaus, T. (2011). Voraussetzungen und Folgen der Einziehung von GmbH-geschäftsanteilen. *Rheinische Notar-Zeitschrift*, 12, 449–469.

Dumkiewicz, M. (2012). *Wspólność udziałów w sp. z o.o.* Warszawa: Wolters Kluwer.

Herbet, A. (2004). *Prawo gospodarcze i handlowe. Obrót udziałami w spółce z o.o*. Warszawa: C.H. Beck.

Herbet, A. (2010). *Kapitał zakładowy i udziały*. W: S. Sołtysiński (red.), *System prawa prywatnego. Prawo spółek kapitałowych*. Warszawa: C.H. Beck.

Jara, Z. (red.) (2013). *Kodeks Spółek Handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Kawałko, A. (2006). *Umorzenie udziałów w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*. Kraków: Zakamycze.

Kidyba, A. (2009). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Kidyba, A. (red.) (2013). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.* Warszawa: Lex a Wolters Kluwer business.

Kidyba, A., Kopaczyńka-Pieczniak K., Bryłowski, P. (2010). *Prawo spółek handlowych.* Warszawa: Wolters Kluwer.

Koch, A. (2011). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*. W: A. Koch, J. Napierała (red.), *Prawo spółek handlowych. Podręcznik akademicki*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Kopaczyńska-Pieczniak, K. (2002). *Ustanie członkostwa w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością*. Kraków: Zakamycze.

Kopaczyńska-Pieczniak, K. (2010). *Biblioteka Prawa Spółek, Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.* Warszawa: Wolters Kluwer.

Koralewski, M. (2012). Umorzenie udziałów w spółce z o.o. oraz jego opodatkowanie. *Prawo Spółek*, 9, 16.

Litwińska-Werner, M. (2007). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Pabis, R. (2005). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Pisma spółek handlowych*. Warszawa: C.H. Beck.

Pabis, R. (2014). W: J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabias, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki. *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Pinior, P., Strzępka, J.A. (2012). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Rodzynkiewicz, A. (2013). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.

Siemiątowski, T. (2000). Kodeks spółek handlowych. Nowa kodyfikacja prawa spółek. *Palestra*, 9, 10–11.

Strohn, L. (2010). *Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter*. W: H. Fleischer, W. Goethe (red.), *Münchener Kommentar zum Gesetz betreffen die Gesellschaften mit beschränkter Haftung GmbHG*. München: C.H. Beck.

Szajkowski, A., Tarska, M. (2014). W: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks Spółek Handlowych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Komentarz do artykułów 151–300*. Warszawa: C.H. Beck.

Świderek, Ł. (2012). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością*. W: J. Jacyszyn (red.), *Spółki handlowe w pytaniach i odpowiedziach*. Warszawa: LexisNexis.

Trojanowski, S. (2006). *Umorzenie udziałów w spółce z ograniczona odpowiedzialnością jako sankcja.* W: J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.

Wyrwiński, M. (2004). *Spółka z ograniczoną odpowiedzialności*. Warszawa: LexisNexis.

Ziemons, H., Jaeger, C. (2013). *Beck'scher online Kommentar. GmbHG*. München: C.H. Beck.

Redemption of Shares in Limited Liability Company in a comparative legal context – selected problems

Summary

In both Poland and Germany there are two proceedings leading to redemption of shares: voluntary and compulsory, and since recently in Poland, – also automatic redemption. Apart from the name, redemptions existing in both countries do not have many characteristics in common, and the automatic redemption is actually inadmissible in the country across our western border. The Federal Court has still not decided to make a stand on this matter, whereas in German literature prevails decidedly negative opinion. In Poland the fundamental controversy is the admissibility of the so-called sanctional redemption, which is a special type of compulsory or automatic redemption, that is distinguished by the fact that the reasons justifying its application refers to a specific shareholder. Removal of a shareholder by means of sanctional redemption of his shares is on the other hand a completely lawful practice according to German law.

Key words: redemption, shares, partner, company, compensation.

ВЛАДИМИР ПОПОНДОПУЛО,
ЕЛЕНА СЛЕПЧЕНКО

Российское законодательство о несостоятельности (банкротстве): история, состояние и тенденции развития

Ustawodawstwo rosyjskie o upadłości (niewypłacalności): historia, stan aktualny i tendencje rozwoju

Резюме

В статье рассматриваются вопросы истории развития российского законодательства о несостоятельности (банкротстве), его современное состояние и перспективы развития, основные дискуссионные вопросы. Определяются природа этого законодательства и его структура. Показано соотношение законодательства о несостоятельности (банкротстве) со смежными законодательными массивами: гражданским законодательством, законодательством об исполнительном производстве, законодательством, регламентирующем судопроизводство по делам о несостоятельности (банкротстве), некоторыми другими законодательными массивами. Обосновывается характер законодательства о банкротстве как специального комплексного законодательства, что не в полной мере реализовано в российской законодательной практике.

Ключевые слова: несостоятельность, банкротство, гражданское законодательство, процессуальное законодательство, законодательство об исполнительном производстве.

1. Предыстория

Исторически законодательство о несостоятельности (банкротстве) [далее по тексту используется один из терминов: „несостоятельность" или „банкротство"] начиналось и вплоть до конца XIX в. являлось законодательством о банкротстве исключительно физических лиц, а с появлением института юридических лиц, стало включать также нормы о банкротстве юридических лиц.

В литературе по-разному определяют время зарождения законодательства о банкротстве. Так, одни авторы относят его к древнейшему праву, когда объектом взыскания было не столько имущество должника, сколько его личность, и когда должник мог быть продан на торгах с тем, чтобы вырученные средства распределить между кредиторами (см. напр: Гольмстен, 1888, с. 1), другие утверждают, что „в законодательствах древнейших народов не существовало настоящего конкурса" (Туткевич, 1896, с. 7), и относят зарождение института банкротства к более позднему периоду, когда объектом взыскания стало имущество, а не личность должника, и исполнение было выведено из области частного самоуправства и передано под надзор государства. Так, Г.Ф. Шершеневич писал, что „только развитое кредитное хозяйство может вызвать потребность в создании тех норм материального и процессуального права, которые в своей совокупности образуют конкурсное право, т.е. совокупность юридических норм, разрешающих стечение требований на имущество, недостаточное для полного их удовлетворения" (Шершеневич, 1912, с. 77).

Действительно, главная причина и стимул развития конкурсного права – развитие торговли, кредитных отношений. Так, с развитием торговли в Италии появляются первые конкурсные статуты: статут Венеции 1244 г., статут Генуи 1488 г. Итальянское конкурсное право было направлено прежде всего на регулирование торговой несостоятельности, поскольку фактически именно купцы впадали в неоплатность.

Французское законодательство о банкротстве, прежде чем стать на охрану торгового кредита, прошло значительный путь развития. Сначала появились архаичные указы Франциска I 1536 г., Генриха IV 1609 г., ордонанс Кольбера 1673 г., затем Торговое уложение 1807 г. и Закон 1808 г., с которым связываются значительные изменения французского законодательства о банкротстве, в результате чего при банкротствах стали применяться в основном гражданско-правовые последствия (Степанов, 1999, с. 12).

В Германии изначально города сами вырабатывали начала конкурсного процесса, поэтому ко времени объединения Германии в конце

XIX в. действовали самые разнообразные источники конкурсного права. В 1876 г. был принят общегерманский конкурсный Устав, который с некоторыми изменениями действовал более ста лет.

Конкурсное право Англии развивалось независимо от континентального конкурсного права, но также прошло путь от преимущественно уголовной направленности его норм до современного законодательства о банкротстве, обслуживающего рыночные отношения (например, конкурсный Закон Генриха VIII 1543 г., конкурсный Устав 1849 г., конкурсный Устав 1883 г.). Известно, что английское право оказало огромное влияние на многие правовые системы, прежде всего США, Канады, Австралии.

Развитие российского законодательства о банкротстве также прошло ряд этапов, которые имеют свои особенности, определяемые характером развития российского общества: дореволюционный (до 1917 г.), советский (с 1917 г. по 1992 г.), современный (с 1992 г.) (Телюкина, 2004, с. 27–59).

2. Развитие российского законодательства о банкротстве до начала 90-х годов прошлого века

Характеризуя дореволюционный период развития российского законодательства о банкротстве, следует отметить, что зачатки регулирования конкурсных отношений содержались уже в Русской Правде, Судебниках XV–XVI вв., Соборном уложении 1649 г. (Шершеневич, 1898, с. 55; Федоров, 1911, с. 101). Основательно указанные отношения стали регулироваться позже, с началом развития торговых отношений. Сначала принимается Устав о банкротах 1800 г., а затем Устав о торговой несостоятельности 1832 г., который действовал до 25 октября 1917 г.

Дореволюционное законодательство о банкротстве различало несостоятельность торговую и неторговую. Это различие оказывало влияние на подсудность дел (в первом случае – коммерческим судам, во втором – общим), на порядок производства той и другой категории дел и на последствия признания судом несостоятельности должника.

Дореволюционное конкурсное право содержало в основном нормы о банкротстве физических лиц. При этом уровень разработки норм был достаточно высок. Многие спорные вопросы, возникающие в настоящее время в практике применения норм о банкротстве, успешно решались уже в то время.

Советскому периоду идея о возможности признания лица банкротом не была абсолютно чуждой, но на разных этапах эта идея получала

различное нормативное воплощение. Сначала конкурсные отношения не могли возникать, так как исключались какие-либо торговые отношения. Однако после введения в 1921 г. новой экономической политики и появления торговых отношений, а, следовательно, неплатежей по долгам, появилась потребность в нормах о банкротстве.

Так, в Гражданском кодексе РСФСР 1922 г. появляется значительное число норм, регулирующих отношения, возникающие в связи с банкротством гражданских и торговых товариществ и физических лиц (ст. 219, 260, 289, 294). Гражданский процессуальный кодекс РСФСР 1923 г. изначально не регулировал процедуру признания лица банкротом. Только в 1927 г. он был дополнен гл. 37 о несостоятельности частных лиц, физических и юридических, а в 1929 г. еще двумя главами – гл. 38 (о несостоятельности государственных предприятий и смешанных акционерных обществ) и гл. 39 (о несостоятельности кооперативных организаций).

В юридической литературе того периода отмечалось, что законодательство о банкротстве направлено на охрану интересов трудящихся и государства в противовес дореволюционным правилам, которые предоставляли кредиторам всю полноту распоряжений в конкурсном процессе (Клейнман, 1929, с. 4.). Право на обращение в суд с заявлением о признании должника банкротом было предоставлено не только должнику и кредиторам, но и суду, прокурору, ведомствам. Процесс по делам о банкротстве был упрощен, кредиторы в нем не имели практически никаких прав, активную роль играли государственные органы. Различий между торговой и неторговой несостоятельностью не проводилось. Дела рассматривались в судах разных инстанций в зависимости от значения предприятия, величины вовлекаемого в процесс имущества, государственной заинтересованности (Васильев, 1988, с. 40.).

Очевидно, что конкурсное законодательство этого периода представляло собой аномалию, поскольку защищало не законные интересы кредиторов и должника, а общий хозяйственный результат, что совершенно не свойственно нормальному конкурсному праву; в условиях безраздельной государственной монополии в основных отраслях народного хозяйства эти нормативные механизмы лишались смысла; плановая экономика и институт банкротства объективно несовместимы.

По мере усиления плановых начал в экономике значение института банкротства стало падать. Нормы законодательства о банкротстве оказались недействующими и в результате реформ, проведенных в начале 1960-х гг. в области гражданского законодательства и гражданского процессуального законодательства, были исключены из ГК РСФСР и ГПК РСФСР.

3. Современный период развития российского законодательства о банкротстве

Этот период связывается с переходом России к рыночным отношениям. Отсутствие в законодательстве института банкротства породило неустойчивость кредитных отношений, нездоровое положение в экономической сфере в целом, незащищенность участников гражданского оборота. Разумеется, такая ситуация недопустима в условиях рынка. Первым нормативным актом о банкротстве этого периода является Указ Президента от 14 июня 1992 г. о мерах по поддержке и оздоровлению несостоятельных государственных предприятий (банкротов) и применении к ним специальных процедур. Однако на практике этот Указ не применялся, так как предусматривал исключительно административные меры борьбы с неплатежеспособными предприятиями.

Кроме того, следует отметить, что подзаконные нормативные правовые акты в принципе не подходят для регулирования отношений банкротства. Даже исторически сложилось так, что во всех странах, и даже в странах прецедентного права, источниками правового регулирования отношений банкротства являются законодательные акты. Это не случайно. Дело в том, что отношения банкротства – это следствие отношений, связанных с неисполнением обязательств (обязанностей), которые уже урегулированы на уровне законов: гражданским кодексом, процессуальным кодексом и др. Понижение уровня правового регулирования отношений банкротства означало бы заведомое недействие подзаконных актов как противоречащих закону. Поэтому для создания специального режима неисполнения обязательств (обязанностей) неплатежеспособным должником необходимо установление изъятий из предусмотренного законом порядка, которые могут быть установлены только законом.

Практическое применение законодательства о банкротстве в современной России следует связывать с принятием Закона РФ от 19 ноября 1992 г. о несостоятельности (банкротстве) предприятий, которым были восприняты основные тенденции развития мирового законодательства о банкротстве, зарубежный и отечественный (главным образом дореволюционный) опыт регулирования отношений банкротства. Вместе с тем этот Закон учитывал особенности переходного периода в России. В преамбуле Закона было указано, что должниками, которые могут быть признаны банкротами, являются только предприниматели: занимающееся предпринимательской деятельностью юридические лица или граждане – предприниматели.

Закон имел много недостатков, затруднявших его применение. В частности, он не регламентировал детально особенности судопроизводства по делам о банкротстве. Многие аспекты отношений банкротства регулировались подзаконными нормативными актами, большинство из которых были направлены на создание организационных, экономических и иных условий, необходимых для реализации Закона о банкротстве, главным образом в отношении государственных предприятий. В юридической литературе отмечались противоречия между Законом о банкротстве и подзаконными актами, закрепляющими, по существу, двойной стандарт в отношении частных и государственных предприятий (Попондопуло, 1995, с. 18).

Недостатки указанного Закона, а также принятие в 1994 г. первой части ГК РФ, содержащего нормы о банкротстве, предопределили необходимость принятия в 1998 г. нового Федерального закона о несостоятельности (банкротстве). Он в большей мере соответствовал современным условиям экономического развития России и значительно подробнее чем прежний регулировал различные отношения, возникающие в связи с банкротством лиц. Закон содержал почти в четыре раза больше статей, чем Закон о банкротстве 1992 г., и, следовательно, минимальное количество норм отсылочного характера.

Законом о банкротстве 1998 г. был расширен круг лиц, которые могли признаваться банкротами. К ним относились коммерческие организации (за исключением казенных предприятий), некоммерческие организации в форме потребительских кооперативов, благотворительных и иных фондов, индивидуальные предприниматели. Этот Закон имел в основном прямое действие. Он содержал развернутую главу об особенностях судопроизводства по делам о банкротстве. В результате применения этого Закона количество дел о банкротстве стало исчисляться десятками тысяч.

Наряду с Законом о банкротстве были приняты отдельные законодательные акты: Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. о несостоятельности (банкротстве) кредитных организаций, Федеральный закон от 24 июня 1999 г. о особенностях несостоятельности (банкротства) субъектов естественных монополий топливно-энергетического комплекса.

Закон о банкротстве 1998 г., как показала практика его применения, имел ряд недостатков, в частности, он недостаточно обеспечивал интересы должника, а также государства в деле о банкротстве; широко использовался как средство для передела собственности; не содержал действенных норм о независимости арбитражных управляющих и их ответственности; имел другие недостатки (Попондопуло, 2001, с. 327).

В 2002 г. был принят новый Арбитражный процессуальный кодекс РФ, который наряду с обновленными общими процессуальными нор-

мами содержал гл. 28 „Рассмотрение дел о несостоятельности (банкротстве)". Эти обстоятельство предопределило принятие действующего до настоящего времени нового Федерального закона от 26 октября 2002 г. о несостоятельности (банкротстве). Этот Закон отличается от предыдущих значительно большим законодательным массивом. Если в Законе о банкротстве 1992 г. была 51 статья, а в Законе о банкротстве 1998 г. – 189 статей, то в Законе о банкротстве 2002 г. их уже более 300. Появились новые институты, например, процедура финансового оздоровления, саморегулируемые организации арбитражных управляющих, проверка обоснованности заявленных требований в судебном заседании в целях введения процедуры наблюдения, переход из конкурсного производства во внешнее управление. В Закон о банкротстве были включены нормы о банкротстве стратегических организаций, банкротстве субъектов естественных монополий, банкротстве финансовых организаций, включая кредитные организации, а также нормы о реструктуризации долгов гражданина и реализации его имущества.

Новизна Закона о банкротстве 2002 г. состоит не только в этих институтах, но и в большом количестве новелл, содержащихся в его нормах, в том числе в составе ранее известных институтов. В частности, предельно расширен круг лиц, которые могут быть признаны банкротами: это все физические и юридические лица, за исключением казенных предприятий, учреждений, политических партий и религиозных организаций. Фактически исключалось также банкротство государственных корпораций и компаний, публичных фондов.

Практически уравнены в правах конкурсные кредиторы и уполномоченные органы. В частности, уполномоченные органы, как и конкурсные кредиторы, получают удовлетворение своих требований в третью очередь, принимают участие в голосовании по вопросу заключения мирового соглашения.

Существенно меняется правовое положение прокурора в арбитражном процессе. В частности, ограничены его возможности по предъявлению заявлений в арбитражный суд. Правом на подачу заявления о признании должника банкротом в арбитражный суд обладают специально уполномоченные органы – налоговые органы.

Более тщательно регламентированы процедуры созыва и проведения собрания кредиторов и комитета кредиторов, порядок назначения и полномочия арбитражных управляющих, порядок возбуждения и рассмотрения дел о банкротстве, что, безусловно, повышает гарантии прав и законных интересов всех лиц, участвующих в деле о банкротстве.

Закон о банкротстве содержит ряд других новелл и в целом может быть оценен как достаточно качественный законодательный продукт.

4. Тенденции развития российского законодательства о банкротстве

Наряду с явно положительными тенденциями имеются и неоправданные тенденции развития российского законодательства о банкротстве, вызванные неправильным пониманием наукой и практикой роли и значения законодательства о банкротстве. В период действия Закона о банкротстве 1998 г. развернулась острая полемика о якобы бесконтрольном переделе собственности благодаря указанному Закону, что стало основной причиной его изменения. Разумеется, если правоприменительная практика свидетельствует о необходимости внесения изменений в Закон о банкротстве, их нужно вносить. Например, в развитых странах законодатель, реагируя на социально-экономические изменения в обществе, систематически совершенствует законодательство о банкротстве (Васильев, 1993, с. 441–443).

Непонятен был только негативный оттенок заявлений ряда авторов о том, что процедуры банкротства приспособлены для передела собственности (Яковлев, 2000, с. 13). Возникал вопрос: для чего же, если не для основанного на законе передела собственности, предназначены процедуры банкротства? На наш взгляд, рыночное законодательство для того и существует, чтобы обязательства исполнялись в срок и долги оплачивались полностью; чтобы в условиях недостаточности имущества должника для полного удовлетворения требований всех кредиторов эти требования удовлетворялись в определенной законом очередности и соразмерно за счет вырученных средств от продажи имущества должника – банкрота, т.е. путем передела собственности в соответствии с Законом о банкротстве.

Действительно, российское законодательств о банкротстве имеет и другую цель, являющуюся в настоящее время, по существу, основной: не ликвидация юридических лиц – банкротов, а восстановление их платежеспособности. Однако реализация этой цели как приоритетной, на наш взгляд, ведет к сдерживанию процессов банкротства, стагнации российской экономики, подрыву динамичности экономического оборота, так как удовлетворение интересов кредиторов и сопряженных с ними интересов других лиц (контрагентов кредиторов) оказывается отодвинутым на неопределенный срок.

Зарубежные исследователи российского законодательства о банкротстве также обращают внимание на указанный недостаток, отмечая, что приоритетной задачей законодательства о банкротстве, занимающего центральное место в деловой жизни каждой страны, должно

быть повышение возврата средств для кредиторов. Любая система, придающая большее значение спасению бизнеса или сохранению рабочих мест, делает это в ущерб интересам кредиторов и неминуемо вызывает повышение цены кредита (Хоуман, 2001, с. 35).

Эффективность реабилитационных процедур, применяемых к должнику в деле о банкротстве, крайне низка. Можно отметить также, что большинство государственных предприятий убыточны. Что с ними делать: восстанавливать платежеспособность и потом банкротить (в силу невозможности восстановления платежеспособности) или все же лучше сразу банкротить путем передачи бизнеса в более эффективные руки?

Действующий Закон о банкротстве не уменьшил и тем более не исключил возможности передела собственности, что вполне естественно. Более того, Закон содержит весьма полезные нормы о том, что любое лицо (включая собственника имущества должника – унитарного предприятия) в рамках любой процедуры банкротства вправе полностью исполнить обязательства должника перед его кредиторами (ст. 31, 71.1, 85.1, 112.1, 113, 125, 129.1 Закона о банкротстве). Это самый яркий пример предусмотренной Законом о банкротстве, т.е. легальной возможности передела собственности. На наш взгляд, это достаточно эффективная норма, которая позволит, например, крупному кредитору на легальной основе, расплатившись с мелкими кредиторами, определять судьбу должника.

Очевидно, что проблемы банкротства – это порой не столько проблемы толкования и применения законодательства о банкротстве, которые, конечно же, имеются, сколько политические и экономические проблемы страны, связанные с борьбой различных политических и экономических группировок за сферы влияния; с непродуманной государственной политикой, предпринимательскими конфликтами и методами разрешения этих конфликтов; со слабостью и зависимостью судебной власти (см. Закатнова, 2004), особенно в части исполнения судебных решений, и др.

Носители различных интересов (политические партии, социальные и экономические группы), балансирование которых осуществляется законодательством о банкротстве, стремятся изменить это законодательство под себя. Об этом свидетельствуют время от времени предпринимаемые попытки изменить вектор развития законодательства о банкротстве. Например, в 2000 г. Государственная Дума РФ приняла Федеральный закон о внесении изменений и дополнений в Федеральный закон о несостоятельности (банкротстве), который не был подписан Президентом РФ, а, следовательно, не вступил в силу. В нем, в част-

ности, была предпринята попытка отказаться от неплатежеспособности как критерия банкротства и вернуться к неоплатности, что резко усилило бы продолжниковую направленность законодательства о банкротстве и ущемило права кредиторов.

Изучение законодательства о банкротстве, практики его применения и доктринальных положений показывает, что оптимальные научные и практические решения по целому ряду ключевых вопросов регулирования конкурсных отношений пока еще не найдены. Прежде всего это те положения Закона о банкротстве, которые закрепляют определенный баланс интересов, лиц, участвующих в деле о банкротстве: интересов должника и кредиторов; интересов конкурирующих кредиторов; интересов должника и конкурсных кредиторов, с одной стороны, и интересов государства – с другой; интересов арбитражных управляющих и т.д.

Интересы неплатежеспособного должника и кредиторов (конкурсных кредиторов, государства в лице уполномоченных органов) – это основные интересы, подлежащие урегулированию законодательством о банкротстве. Справедливый баланс указанных интересов, необходимый для установления и поддержания доверия со стороны инвесторов и обеспечения стабильности гражданского оборота, на наш взгляд, действующим законодательством о банкротстве не достигнут, права кредиторов недостаточно обеспечены.

Как известно, слабая сторона в обязательствах – кредиторы и другие лица, утратившие то, что им полагается по закону. Следовательно, „защите подлежат имеющие права, а не те, кто их нарушил. С этой точки зрения должник вообще не должен защищаться правом. Можно говорить лишь об отсрочке исполнения, учете имущественного положения должника и других способах смягчения для него последствий недолжного исполнения, применяемых в исключительных случаях и обусловленных особыми социальными условиями".

Указанному подходу противоречит тенденция усиления продолжникового характера нашего законодательства о банкротстве, выражающаяся в широком применении явно неэффективной процедуры внешнего управления и ряде других положений.

На чрезвычайно низкую эффективность процедуры внешнего управления указывали многие ученые и практики (см. напр.: Брукс, 1993, с. 61; Хоуман, 2001, с. 44; Папе, 2002, с. 80). Об этом свидетельствует и многолетняя практика применения процедуры внешнего управления: как правило, платежеспособность должников, в отношении которых вводится внешнее управление, не восстанавливается, конкурсное производство, открытое с большим опозданием, уже не может быть

эффективным, поскольку огромные издержки внешнего управления и расходы по текущим обязательствам не позволяют удовлетворить требования кредиторов в том объеме, на который они были вправе рассчитывать при немедленной ликвидации. При таких результатах расчеты тех, кто якобы ратует за интересы должника, за вывод его из кризисной ситуации, не оправдываются, так как, в конечном счете, пройдя чрезвычайно затратную по времени и средствам процедуру внешнего управления, должник – юридическое лицо оказывается на пути к ликвидации в процедуре конкурсного производства.

Действующий Закон о банкротстве содержит также положения еще об одном реабилитационном институте – институте финансового оздоровления, эффективность которого оставляет желать лучшего. Финансовое оздоровление применяется крайне редко. Очевидно, находится мало желающих предоставить обеспечение исполнения обязательств должника. Тогда же, когда процедура финансового оздоровления применяется, она не может не давать эффекта, поскольку в механизме финансового оздоровления заложен элемент ответственности лиц, ходатайствующих о введении процедуры финансового оздоровления. Лица, предоставившие обеспечение исполнения должником обязательств в соответствии с графиком погашения задолженности, в случае неисполнения указанного графика должны исполнить обязательства должника перед кредиторами, а в противном случае привлекаются к ответственности в соответствии с гражданским законодательством (ст. 89–91 Закона о банкротстве).

На наш взгляд, для повышения эффективности регулирования конкурсных отношений необходимо усиление законодательной защиты интересов кредиторов неплатежеспособного должника. Приоритет должен быть отдан ликвидационным процедурам с возможностью выхода из них посредством заключения мирового соглашения между должником и кредиторами. Возможности назначения реабилитационных процедур по усмотрению суда, предусмотренные ст. 75 Закона о банкротстве, должны быть исключены из него.

5. Природа и структура российского законодательства о банкротстве

Законодательство всегда строится в соответствии с практическими интересами, поэтому включает в себя различные по своей отраслевой природе нормы права, чтобы учесть объективно существующие связи между разнородными общественными отношениями и комплексно

урегулировать их. Именно в этом заключаются предназначение законодателя и служебная роль принимаемых им нормативных правовых актов. Данный вывод в полной мере распространяется на законодательство о банкротстве, тем самым и определяется его природа как комплексного законодательства.

Нормативные правовые акты о банкротстве содержат в себе нормы частного и публичного права, направленные на урегулирование комплекса взаимосвязанных в реальной действительности частных (горизонтальных) и публичных (вертикальных) отношений, возникающих в связи с банкротством лица. В этом отношении Закон о банкротстве является ярко выраженным комплексным нормативным правовым актом. Он регламентирует отношения неплатежеспособного должника с его кредиторами разнородными специальными материально-правовыми и процессуально-правовыми нормами. По отношению к Закону о банкротстве нормы других федеральных законов, включая ГК РФ и АПК РФ, в основном носят общий характер и применяются к отношениям банкротства субсидиарно.

Сложность законодательства о банкротстве предопределяет необходимость выяснения его соотношения со смежными законодательными массивами, определения его места в системе законодательства, без чего невозможно его правильное толкование и применение.

Конституция РФ содержит ряд положений, которые имеют отношение к регулированию отношений банкротства, например, п. 2 ст. 118, из которого следует, что судебная власть осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства. Судопроизводство, по правилам которого рассматриваются дела о банкротстве, составляет часть гражданского судопроизводства.

В соответствии с п. „о" ст. 71 Конституции РФ правила судопроизводства и гражданское законодательство находятся в ведении Российской Федерации. Ни органы субъектов РФ, ни органы местного самоуправления не вправе принимать нормативные правовые акты, регулирующие отношения банкротства. Поэтому нельзя согласиться с тем, что законодательство о банкротстве относится к предмету совместного ведения РФ и субъектов РФ, что Российская Федерация формирует правовые основы регулирования банкротства в отношении федеральных унитарных предприятий, а субъекты РФ устанавливают правила о банкротстве региональных предприятий (см.: Белых, Дубинчин и Скуратовский, 2001, с. 23–24).

Гражданский кодекс РФ содержит ряд правил о банкротстве, в частности, ст. 25 „Несостоятельность (банкротство) гражданина" и ст. 65

„Несостоятельность (банкротство) юридического лица". В указанных статьях ГК РФ отмечается, что правила признания судом лица банкротом устанавливаются специальным Законом о банкротстве.

Правила Закона о банкротстве существенно отличаются от правил ГК РФ. Например, в Законе о банкротстве предусмотрены дополнительные признаки банкротства, установлены специальные правила очередности удовлетворения требований кредиторов, определен специальный порядок ликвидации организации – должника, признанной банкротом и др. В связи с этим возникает вопрос: как эти правила соотносятся с требованием п. 2 ст. 3 ГК РФ о том, что нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК РФ?

На наш взгляд, общее правило п. 2 ст. 3 ГК РФ нейтрализуется, прежде всего, специальными правилами ГК РФ (ст. 25 и 65), адресующими правоприменителя к Закону о банкротстве в части оснований признания лица банкротом, порядка реализации его имущества и удовлетворения требований кредиторов. В остальной части нормы гражданского права (нормы материального права), содержащиеся в Законе о банкротстве, должны соответствовать ГК РФ, как того требует норма п. 2 ст. 3 ГК РФ.

Арбитражный процессуальный кодекс РФ содержит правила судопроизводства по делам о банкротстве (ст. 223). Детальные правила судопроизводства по делам о банкротстве содержатся в Законе о банкротстве (прежде всего, в главе III „Разбирательство дел о банкротстве в арбитражном суде"). Возникает вопрос о соотношении указанных законодательных актов. Из ст. 223 АПК РФ и ст. 33 Закона о банкротстве следует, что дела о банкротстве организаций и граждан рассматриваются арбитражным судом по правилам, предусмотренным АПК РФ, с особенностями, установленными Законом о банкротстве и другими федеральными законами, регулирующими отношения банкротства. Следовательно, АПК РФ является общим законодательным актом, его положения применяются к делам о банкротстве, если специальными правилами Закона о банкротстве не предусмотрено иное.

В Законе о банкротстве содержится много особенностей, связанных со всеми стадиями судопроизводства по делу о банкротстве – от возбуждения производства по делу до исполнения актов арбитражного суда.

Федеральный закон от 2 октября 2007 г. об исполнительном производстве является общим законом по отношению к Закону о банкротстве. Это следует как из норм Закона об исполнительном производстве, так и из правил Закона о банкротстве, свидетельствующих о том, что принудительное исполнение решений арбитражного суда по делу

о банкротстве (формирование конкурсной массы, реализация имущества несостоятельного должника, распределение денежных средств между кредиторами и т.п.) осуществляется по правилам Закона о банкротстве, а не Закона об исполнительном производстве.

Исполнительное производство подлежит приостановлению в случаях применения арбитражным судом в отношении должника процедуры банкротства (ст. 40, 69.1, 95, 96 Закона об исполнительном производстве). Законодатель исходит из того, что, если суд вынесет решение о признании должника банкротом, исполнение такого решения будет осуществляться по правилам конкурсного производства. Если же судом будет принято решение об отказе в признании должника банкротом, исполнение решения будет осуществляться по общим правилам Закона об исполнительном производстве. В последнем случае приостановленное исполнительное производство возобновляется после прекращения обстоятельств, послуживших основанием для его приостановления.

Исполнительное производство прекращается при получении судебным приставом-исполнителем копии решения суда о признании должника банкротом и об открытии конкурсного производства (ст. 47, 96 Закона об исполнительном производстве). Такое правило обеспечивает исключение возможной ситуации, когда исполнение решения суда об удовлетворении требований одного кредитора (при недостаточности имущества должника для полного удовлетворения требований всех кредиторов) ущемило бы права других кредиторов того же должника. В ситуации недостаточности имущества должника для полного удовлетворения требований кредиторов подлежат применению правила специального Закона о банкротстве, направленные на соразмерное (пропорциональное) удовлетворение требований кредиторов в очередности, предусмотренной Законом о банкротстве.

Правилам Закона об исполнительном производстве соответствуют правила Закона о банкротстве о том, что с даты вынесения судом определения о введении наблюдения „приостанавливается исполнение исполнительных документов по имущественным взысканиям" (ст. 63 Закона о банкротстве). Основанием для приостановления исполнения исполнительных документов является определение суда о введении наблюдения, которое суд направляет в целях обеспечения наступления указанных последствий главному судебному приставу по месту нахождения должника и его филиалов и представительств, а также в кредитные организации, с которыми у должника заключен договор банковского счета, в суд общей юрисдикции, в уполномоченные органы.

Общим по отношению к законодательству о банкротстве является также трудовое законодательство. Особый подход к правовому регулированию труда работников в условиях реализации процедур банкротства работодателя отвечает защитной и экономической функциям трудового права, а также соответствует основным задачам института банкротства. В литературе по трудовому праву предлагается сконцентрировать нормы, отражающие особенности правового регулирования труда работников в ходе реализации процедур банкротства, в отдельной главе разд. XII Трудового кодекса РФ (Коробченко, 2003, с. 7). Исходя из соотношения законодательства о банкротстве и трудового законодательства как специального и общего, полагаем, что, с точки зрения удобства правоприменения, особенности удовлетворения требований работников в условиях банкротства работодателя должны быть отразжены в Законе о банкротстве. Это соответствует и позиции законодателя (ст. 252, 278 Трудового кодекса РФ).

На наш взгляд, непоследовательна позиция законодателя в вопросе соотношения законодательства о банкротстве и налогового законодательства.

С одной стороны, Закон о банкротстве уравнял государство в лице уполномоченных органов с конкурсными кредиторами, поместив требования по обязательным платежам в третью очередь удовлетворения требований кредиторов, предоставив уполномоченным органам право голоса на собрании кредиторов, а также право заключать мировое соглашение в деле о банкротстве наряду с конкурсными кредиторами.

С другой стороны, Закон о банкротстве предусматривает правило, о том, что условия мирового соглашения, касающиеся погашения задолженности по обязательным платежам, взимаемым в соответствии законодательством о налогах и сборах, не должны противоречить требованиям законодательства о налогах и сборах (п. 1 ст. 156). Налоговое же законодательство весьма ограничивает возможности уполномоченного органа по заключению мирового соглашения (ст. 64 Налогового кодекса РФ), не допускает скидки с долга и тем более прощения долга, что резко понижает возможности заключения мирового соглашения в деле о банкротстве.

Полагаем, было бы правильным установить иное соотношение Закона о банкротстве и Налогового кодекса РФ как специального и общего законов. Уравнивая конкурсных кредиторов и государство в лице уполномоченных органов как кредиторов в деле о банкротстве, нельзя предусматривать разный правовой режим требований тех и других.

6. Заключение

Подводя итог краткому обзору истории развития и состояния российского законодательства о банкротстве, можно констатировать тенденцию его поступательного совершенствования, постепенного приведения в соответствие с лучшими образцами законодательного регулирования отношений банкротства в развитых рыночных экономиках.

Для дальнейшего повышения эффективности правового регулирования отношений банкротства необходимо, прежде всего, усиление законодательной защиты интересов конкурсных кредиторов неплатежеспособного должника. Приоритет должен быть отдан процедуре ликвидации должника – юридического лица с возможностью выхода из нее посредством заключения мирового соглашения между должником и кредиторами. Кроме того, должны быть полностью уравнены возможности участия в конкурсе на имущество должника – банкрота конкурсных кредиторов, преследующих свои частные интересы, и уполномоченных органов, представляющих интересы государства.

Биографическая аннотация:

Владимир Попондопуло – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой коммерческого права, Санкт-петербургский государственный университет, юридический факультет.
Елена Слепченко – доктор юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданского процесса, Санкт-Петербургская юридическая академия.

Литература

Белых, В., Дубинчин, А., Скуратовский, М. (2001). *Правовые основы несостоятельности (банкротства)*. Москва: Норма.

Брукс, С. (1993). Законодательство о банкротстве в США. *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ*, (8).

Васильев, Е. (1993). Несостоятельность. *Гражданское и торговое право капиталистических государств*. Е.А. Васильев (ред.). Москва: Международные отношения.

Васильев, Е. (1988). О законодательном регулировании признания несостоятельности предприятия. *Советское государство и право*, (3).

Гольмстен, А. (1888). *Исторический очерк русского конкурсного процесса*. Санкт-Петербург: Типография В.С. Балашева.

Закатнова, А. (2004). Курс для третьей власти. Судьи будут чистыми государственниками. *Российская газета*, 12. 02. 2004.

Яковлев, В. (2000). Укрепление правопорядка и законности в экономике – важнейшая задача арбитражных судов. *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ*, (4).

Клейнман, А. (1929). *О несостоятельности частных лиц по советскому процессуальному праву*. Иркутск: Иркутский университет.

Коробченко, В. (2003). *Защита трудовых прав и интересов работников при процедурах банкротства работодателя*. Санкт-Петербург: Санкт-Петербургский государственный университет.

Папе, Г. (2002). *Институт несостоятельности: общие проблемы и особенности правового регулирования в Германии*. Москва: БЕК.

Попондопуло, В. (2001). *Конкурсное право. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства)*. Москва: Юристъ.

Попондопуло, В. (1995). *Конкурсное право. Правовое регулирование несостоятельности (банкротства) предпринимателей*. Санкт-Петербург: Санкт-Петербургский университет.

Степанов, В. (1999). Французская система регулирования несостоятельности. *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ*, (4).

Телюкина, М. (2004). *Основы конкурсного права*. Москва: Волтерс Клувер.

Туткевич, Д. (1896). *Что есть торговая несостоятельность*. Санкт-Петербург: Типография Д.В. Чичинадзе.

Федоров, А. (1911). *Торговое право*. Одесса: Славянская тип. Е. Хрисогелосъ.

Хоуман, М. (2001). Роль режима несостоятельности в рыночной экономике. Российско-британский семинар судей по вопросам банкротства. *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ*, (3), специальное приложение.

Шершеневич, Г. (1912). *Курс торгового права. Т. 4. Торговый процесс. Конкурсный процесс*. Москва: Изд. бр. Башмаковых.

Шершеневич, Г. (1898). *Конкурсное право*. Казань: Казанский университет.

Ustawodawstwo rosyjskie o upadłości (niewypłacalności): historia, stan aktualny i tendencje rozwoju

Streszczenie

W artykule przeanalizowano historię rozwoju ustawodawstwa rosyjskiego o upadłości (niewypłacalności), jego stan aktualny oraz perspektywy rozwoju; przedstawiono główne problemy. Określono naturę tego ustawodawstwa oraz jego strukturę. Przedstawiono wzajemny stosunek prawa upadłościowego (o niewypłacalności) i niektórych pokrewnych grup przepisów: prawa cywilnego, o postępowaniu egzekucyjnym, regulujących orzekanie w sprawach upadłości (niewypłacalności) oraz niektórych innych regulacji. Wskazano na charakter prawa o niewypłacalności jako szczególnego kompleksowego prawa, co nie znajduje pełnego wyrazu w świetle rosyjskiej praktyki legislacyjnej.

Słowa kluczowe: upadłość, niewypłacalność, ustawodawstwo cywilne, prawo procesowe, przepisy o postępowaniu egzekucyjnym.

ALEKSANDRA RYTELEWSKA

Podział spółki przez wydzielenie – próba naprawy czy sposób na obejście przepisów o ochronie wierzycieli? Kilka uwag na tle art. 546 § 1 k.s.h.

Division of a company by a spin-off – an attempt of restructuring or a way of evading legal provisions protecting creditors? Some remarks on the wording of Article 546 § 1 of the Code of Commercial Companies and Partnerships

Streszczenie

Artykuł stanowi próbę oceny podziału przez wydzielenie z perspektywy zapewnienia należytej ochrony wierzycieli i realizacji ustawowych założeń w tym zakresie. Analizie poddano instytucję solidarnej odpowiedzialności spółek uczestniczących w procesie podziału za zobowiązania przypisane konkretnym spółkom w planie podziału, przewidzianą w artykule 546 § 1 k.s.h. Autorka, uwzględniając istniejące w tym zakresie orzecznictwo, starała się wykazać, że obecna regulacja nie do końca spełnia wyznaczoną jej funkcję i nie można uznać, iż zapewnia ona należytą ochronę interesów wierzycieli w przypadku wszystkich wprowadzonych do k.s.h. sposobów podziału. W konsekwencji uznała, że w następstwie podziału przez wydzielenie może dojść do pogorszenia sytuacji wierzycieli i tym samym ten sposób podziału

spółki może stać się skutecznym narzędziem pozwalającym spółce dzielonej na uniknięcie konieczności spłaty swoich zobowiązań, bez narażania się na zarzut naruszenia prawa.

Słowa kluczowe: podział spółek, wydzielenie, odpowiedzialność solidarna, ochrona wierzycieli.

1. Wprowadzenie

Z dniem 1 stycznia 2001 r. weszła w życie ustawa (ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych, Dz.U. 2000, Nr 94, poz. 1037; dalej: k.s.h.) zastępująca dotychczas obowiązujący w ramach polskiego porządku prawnego Kodeks handlowy, dokonując znaczących zmian w zakresie regulacji dopuszczalnych mechanizmów restrukturyzacji spółek prawa handlowego. Ze względu na ograniczone ramy pracy i istniejące liczne i szczegółowe opracowania dotyczące tej systemowej reformy prawa spółek handlowych (zob. m.in. Szumański, 2001; Szwaja, 2001a; Szwaja, 2001b) autorka pominie ogólne uwagi na temat wprowadzonych zmian dotyczących procesów restrukturyzacyjnych spółek prawa handlowego, ograniczając się w tym zakresie jedynie do zwięzłych uwag niezbędnych ze względu na przedmiot rozważań. Wprowadzone w ramach Tytułu IV k.s.h. instytucje stanowiły z jednej strony modyfikację dopuszczalnych już na gruncie Kodeksu handlowego sposobów restrukturyzacji, z drugiej zaś zupełne *novum* w polskim prawie spółek. Do ostatniej kategorii należy zaliczyć wszystkie ustanowione w k.s.h. sposoby podziału spółek, stanowiące odpowiedź ustawodawcy na pojawiające się, w związku z zachodzącymi w gospodarce zmianami, potrzeby rynku i konieczność zapewnienia właściwych, prawnych ram rozwoju konkurencyjności polskich spółek handlowych w skali europejskiej. Przy dokonywaniu analizy i oceny polskich rozwiązań z zakresu podziału spółek nie sposób pominąć istniejących w tym zakresie i wcześniejszych w stosunku do polskich, rozwiązań unijnych (zob. VI Dyrektywa Rady Wspólnot Europejskich z 17 grudnia 1982 r. dotycząca podziału spółek 82/891/EEC, OJ L378, 31 grudnia 1982 r., więcej na ten temat: zob. Safjan, 1995, s. 71–78), które wywarły znaczący wpływ na ostateczny kształt regulacji podziału spółek zawartych w polskiej ustawie (szerzej zob. Szumański, 2002, s. 2; Litwińska, 2011, s. 3–4). Jednym z celów, którymi kierował się ustawodawca przy konstruowaniu przepisów o podziale spółek, było dążenie do udaremnienia tworzenia, w konsekwencji podziału, groźnych dla

ochrony interesów wierzycieli spółek handlowych, centrów zysków i strat, poprzez wprowadzenie odgórnych, ustawowych zasad ponoszenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki dzielonej. Zasad tych nie można w drodze czynności prawnej ani ograniczyć, ani wyłączyć.

Powołany w tytule niniejszego artykułu przepis art. 546 § 1 k.s.h. ustanawiający zasady ponoszenia odpowiedzialności za istniejące zobowiązania spółki dzielonej przypisane w planie podziału konkretnym spółkom przejmującym od chwili jego wejścia w życie nie był przedmiotem nowelizacji. W świetle powyższego należałoby założyć i w pełni zasadnie oczekiwać, że do chwili obecnej nie powstała realna potrzeba zmian, a wprowadzone prawie 16 lat temu konstrukcje prawne pozostają nadal aktualne i w pełni realizują cele i założenia leżące u podstaw ich ustanowienia. Również tworzone w ostatnim czasie projekty zmian Kodeksu spółek handlowych nie przewidują żadnych nowelizacji komentowanego przepisu (zob. https://www.premier.gov.pl/wydarzenia/decyzje-rzadu/zalozenia-do-projektu-ustawy-o-zmianie-ustawy-kodeks-spolek-handlowych-oraz.html (20.07.2015)). Już z uwagi na te okoliczności można mieć wątpliwości co do celowości prowadzenia niniejszych rozważań. W ocenie autorki jednak, niezależnie od okresu funkcjonowania komentowanego przepisu w praktyce, czy braku wyrazistego głosu krytyki w literaturze i szerszego zainteresowania tym problemem organów sądowych, należy z całą dobitnością ukazać wyłaniające się na tle konstrukcji przepisu art. 546 § 1 k.s.h. wątpliwości interpretacyjne oraz istotne luki prawne w regulacji o priorytetowym znaczeniu dla skutków podziału w stosunku do wierzycieli.

Autorka w całej rozciągłości podziela sformułowane przez A. Witosza twierdzenie, że warunkiem skutecznego i efektywnego przeprowadzenia restrukturyzacji jest istnienie właściwych regulacji prawnych (Witosz, 2010, s. 13). Sformułowaniu temu należy jednak przypisać szersze znaczenie aniżeli to, jakie nadaje mu się w literaturze przedmiotu. Pojęcie właściwych regulacji prawnych odnosić bowiem należy nie tylko do ustanowienia właściwych procedur i określenia warunków formalnych dla podjęcia działań restrukturyzacyjnych. Skuteczne i efektywne przeprowadzenie restrukturyzacji uwarunkowane jest istnieniem odpowiednich gwarancji zapewniających wszystkim podmiotom zainteresowanym (zarówno pośrednio jak i bezpośrednio) właściwą reprezentację w toku działań restrukturyzacyjnych, poprzez ustanowienie należytych instrumentów ochrony ich interesów. Zdaniem autorki – w przypadku podziału przez wydzielenie – ustanowione gwarancje ochrony interesów wierzycieli nie zapewniają skutecznego i efektywnego przeprowadzenia postępowania działowego w znaczeniu nadanym mu powyżej, co postara się wykazać.

2. Podział przez wydzielenie – regulacja przez odesłanie

Podział przez wydzielenie jest jednym ze sposobów podziału spółek (art. 529 § 1 k.s.h.), który obok podziału przez zawiązanie nowej spółki, podziału przez przejęcie oraz podziału przez przejęcie i zawiązanie nowej spółki (tzw. podział *sensu stricto* za A. Szumańskim, zob. Szumański, 2012, s. 659) tworzy zamknięty katalog dopuszczalnych na gruncie k.s.h. sposobów podziału spółki kapitałowej. Niewątpliwie celem podziału przez wydzielenie jest naprawa sytuacji w spółce poprzez dokonanie odpowiednich przesunięć majątkowych w zakresie aktywów i pasywów spółki, bez konieczności zakończenia działalności spółki dzielonej. Wydzielenie tylko części majątku zapewnia, że w spółce dzielonej pozostanie określony majątek i wspólnicy umożliwiające jej dalsze działanie (Szumański, 2012, s. 698). Podział przez wydzielenie jest zatem efektywnym instrumentem pozwalającym spółce na przeprowadzenie systemowych zmian, zapewniając jednocześnie kontynuowanie działalności, w odróżnieniu od podziału *sensu stricto*. Pomimo widocznych rozbieżności, przede wszystkim w zakresie skutków, pomiędzy podziałem przez wydzielenie a podziałem *sensu stricto* ustawodawca nie zdecydował się na odrębne ich unormowanie, wprowadzając co do zasady wspólną regulację. Obowiązująca konstrukcja prawna przepisów o podziale spółek oparta jest na regulacji odnoszącej się bezpośrednio do podziału *sensu stricto*, zaś poprzez odesłanie z art. 529 § 2 k.s.h. należy ją również stosować do podziału przez wydzielenie. Odrębnie dla wydzielenia unormowano jedynie kilka kwestii (zob. art. 530 § 2, 532 § 2, 542 § 4 k.s.h.). Przepis art. 529 § 2 k.s.h., zgodnie z jego brzmieniem, nakazuje stosować do podziału przez wydzielenie „przepisy o podziale spółek dotyczące odpowiednio spółki przejmującej lub spółki nowo zawiązanej". Zwrot „odpowiednio", użyty w tym przepisie, nie odnosi się do sposobu stosowania tych przepisów, ale do sposobów podziału spółki (szerzej zob. Kidyba, 2014, s. 1267). Sam przepis, mimo że odnosi się do podziału przez wydzielenie, nawiązuje w swej treści do następstw podziału *sensu stricto* (530 § 1 k.s.h.). Na skutek takiego podziału mamy bowiem do czynienia już wyłącznie ze spółką przejmującą lub nowo zawiązaną (spółka dzielona przestaje istnieć). Spółka wydzielająca jako nietypowy w przypadku podziału twór będzie musiała zostać poddana reżimowi odnoszącemu się do tych spółek, na które został przeniesiony majątek spółki dzielonej. Nie bez znaczenia dla oceny konstrukcji regulacji prawnej podziału przez wydzielenie (w formie przepisu odsyłającego) jest okoliczność, że regulacja prawna odnosząca się do podziału *sensu stricto* jest kompleksowa i kompletna. W świetle powyższego, pobieżna lektura art. 529 § 2 k.s.h. może wywoływać uzasadnione przekonanie, że przepis ten w sposób wyczerpujący wypełnia lukę prawną, jaka

występuje w odniesieniu do podziału przez wydzielenie. Jednakże zestawienie treści przepisu z przepisami o kluczowym znaczeniu dla ochrony wierzycieli ukazuje jego wadliwość i okazuje się, że nie zawsze spółka wydzielona będzie mogła zostać potraktowana jak spółka przejmująca lub nowo zawiązana, a kwestia ewentualnej odpowiedzialności w takich wypadkach spółki wydzielającej, która zachowuje przecież swój byt prawny, jest przemilczana.

3. Solidarna odpowiedzialność za zobowiązania spółki dzielonej

Przepisami o kluczowym znaczeniu dla określenia skutków podziału z punktu widzenia interesów wierzycieli spółki dzielonej są przepisy art. 531 k.s.h. oraz art. 546 k.s.h. Zapewnienie należytej ochrony interesów wierzycieli stanowiło istotny aspekt przy tworzeniu obecnych regulacji i wywarło niewątpliwy wpływ na ich ostateczny kształt (zob. Sołtysiński, Szajkowski i Szumański, 1999). Przepis art. 531 k.s.h. normuje skutki podziału spółek, statuując jako model zasadniczy tzw. sukcesję uniwersalną częściową, ustanawiając dodatkowo w § 3 zd. 3 odpowiedzialność solidarną spółek przejmujących bądź nowo zawiązanych za zobowiązania spółki dzielonej nieprzypisane w planie podziału żadnej ze spółek (szerzej: Kidyba, 2014, s. 1274–1282; Siemiątkowski i Potrzeszcz, 2011, s. 197–198). W świetle obowiązujących przepisów plan podziału powinien w sposób precyzyjny określać wszystkie składniki majątku, a także prawa i obowiązki spółki dzielonej, które mają zostać przeniesione na wydzielaną spółkę (art. 534 § 1 pkt 7), z drugiej stanowi on materię wyłącznie woli spółek uczestniczących w podziale. W przypadku podziału *sensu stricto*, z uwagi na konsekwencje podziału (art. 530 § 1 k.s.h), pominięcie konkretnych zobowiązań i nieprzypisanie ich w planie podziału żadnej ze spółek, powodowałoby znaczące trudności praktyczne w zakresie określenia podmiotu odpowiedzialnego za istniejące, a nieprzypisane zobowiązania spółki dzielonej, z uwagi na to, że podmiot, którego pierwotnie obciążały te zobowiązania, przestałby istnieć. Problem ten został dostrzeżony przez ustawodawcę już na etapie tworzenia właściwych regulacji. Panaceum na potencjalne zagrożenia miało być wprowadzenie sankcji, w postaci solidarnej odpowiedzialności nieograniczonej czasowo, w stosunku do spółek przejmujących (nowo zawiązanych) za wszelkie nieprzypisane w planie podziału zobowiązania. Problem został wprawdzie dostrzeżony, jednak nie do końca trafnie zdefiniowany przez ustawodawcę. Z uwagi na konstrukcję przepisu oraz specyfikę podziału przez wydzielenie w literaturze przedmiotu pojawiają się rozbieżne opinie

co do tego, czy przepis art. 531 § 3 zd. 3 k.s.h. znajduje zastosowanie do wszystkich sposobów podziału, czy też tylko do podziału *sensu stricto*. Z uwagi na fakt, że przepis art. 531 k.s.h. nie jest przedmiotem bezpośredniej analizy niniejszej pracy, autorka ograniczy się jedynie do wskazania, że opowiada się za stanowiskiem, zgodnie z którym przepis ten nie może znaleźć zastosowania do podziału przez wydzielenie, gdyż przy tym sposobie podziału nie mamy do czynienia ze składnikami majątkowymi i zobowiązaniami, które pozostają nieprzydzielone żadnej spółce. W przypadku podziału przez wydzielenie spółka wydzielająca zachowuje swoją podmiotowość i wszystkie zobowiązania (składniki majątku), których wyraźnie nie przydzieliła innej spółce (szerzej na ten temat: por. Siemiątkowski i Potrzeszcz, 2011, s. 197; zob. Rodzynkiewicz, 2014, s. 1188; Pinior, 2013, s. 1246; Litwińska-Werner, 2007, s. 1208).

Z praktycznego punktu widzenia donioślejszą rolę przy podziale przez wydzielenie odgrywa przepis art. 546 § 1 k.s.h., który reguluje zasady odpowiedzialności za zobowiązania, przypisane w planie podziału konkretnej spółce. Zgodnie z tym przepisem: „Za zobowiązania przypisane w planie podziału spółce przejmującej lub spółce nowo zawiązanej pozostałe spółki, na które został przeniesiony majątek spółki dzielonej, odpowiadają solidarnie przez trzy lata od dnia ogłoszenia o podziale". Uwzględniając uwagi poczynione powyżej, przyjąć należy, że przy podziale przez wydzielenie mamy do czynienia wyłącznie z zobowiązaniami i składnikami majątkowymi, które są przypisane konkretnym spółkom, w takim znaczeniu, że nie powstaje wątpliwość co do tego, która ze spółek będzie odpowiadać za konkretne zobowiązania i która ze spółek jest beneficjentem określonych składników majątku. W związku z odesłaniem z art. 529 § 2 k.s.h. należałoby również założyć, że przepis ten znajdzie zastosowanie do podziału przez wydzielenie. Jednakże próba zastosowania przepisu art. 546 § 1 k.s.h. do podziału przez wydzielenie ujawnia istotne wątpliwości zarówno co do zakresu jego unormowania, jak i ustanowionej w nim gwarancji ochrony interesów wierzycieli.

Celem normy prawnej zawartej w wymienionym przepisie jest ochrona wierzycieli spółki dzielonej. Możliwość wystąpienia choćby potencjalnego zagrożenia dla wierzycieli i negatywnych skutków tworzenia w drodze podziału centrów zysków i strat, któremu wierzyciele spółki dzielonej nie mogą realnie przeciwdziałać, miała zostać całkowicie wyeliminowana poprzez przyznanie im realnych uprawnień i mechanizmów, które kompensują ich brak jakiegokolwiek wpływu na postępowanie działowe. Jak była mowa powyżej, to, jakie konkretnie zobowiązania czy aktywa przypadną danej spółce, zależy wyłącznie od wewnętrznych ustaleń spółek uczestniczących w podziale. W konsekwencji zupełnie realna jest sytuacja, w której w wyni-

ku podziału określonej spółce zostanie przypisana większość długów spółki dzielonej, a innej większość jej aktywów. Niewątpliwie wyłączenie wierzycieli od udziału w postępowaniu działowym ma swoje silne uzasadnienie (spółki jako odrębne podmioty same powinny decydować o sposobie i formie, w jakiej będą prowadziły działalność, jak również mieć realny dostęp do instrumentów umożliwiające ich restrukturyzację), z drugiej jednak strony, jak wspomniano powyżej, w wyniku podziału może dojść do próby „wyprowadzenia" długów spółki dzielonej. Nie ulega wątpliwości, że przypisanie spółce uczestniczącej w podziale określonych zobowiązań, bez jednoczesnego wyposażenia jej w odpowiedni majątek, godzi w pewność ochrony interesów wierzycieli (Rodzynkiewicz, 2014, s. 1223–1226). Takie działania można by oczywiście zakwalifikować jako działania naruszające jedną z podstawowych zasad kupieckich, jaką jest *pacta sunt servanda* czy mające na celu pokrzywdzenie wierzycieli – jednak należało wprowadzić skuteczniejsze i bardziej dopasowane instrumenty ochrony.

Z tych właśnie powodów w art. 546 § 1 k.s.h. wprowadzono odpowiedzialność solidarną spółek uczestniczących w podziale za zobowiązania przypisane w planie podziału określonej spółce, ale tylko tych spółek, na które został przeniesiony jakiś majątek spółki dzielonej. Nie budzi przy tym wątpliwości, że odpowiedzialność ta nie ma charakteru subsydiarnego, zatem wierzyciel nie ma obowiązku dochodzenia należności w pierwszej kolejności od spółki, której zgodnie z planem podziału przypisano dane zobowiązanie, co znacznie zwiększa zakres przyznanej mu ochrony, jak trafnie zauważa A. Szumański (Szumański, 2012, s. 980). Niezależnie zatem od próby wyprowadzenia majątku na skutek tego przepisu spółki, które uzyskały majątek, będą odpowiadały za istniejące zobowiązania. Dzięki działaniom ustawodawcy sytuacja wierzycieli po podziale ma być nie gorsza niż w sytuacji, gdyby do podziału nie doszło.

Zgodnie z brzmieniem przytoczonego przepisu zakresem odpowiedzialności solidarnej objęte są spółki, które zgodnie z planem podziału nie są bezpośrednio odpowiedzialne za to konkretne zobowiązanie, ale przeniesiono na nie jakiekolwiek składnik majątku powodujący ich wzbogacenie. O ile rzeczywiście w ramach podziałów innych niż przez wydzielenie art. 546 §1 k.s.h. ma głęboki sens (spółka dzielona w wyniku takich podziałów przestaje istnieć – nie może więc po podziale za nic odpowiadać), o tyle na gruncie podziału przez wydzielenie wydaje się, że bazując na samym literalnym brzmieniu powołanego przepisu, mamy do czynienia z pewnym niedopatrzeniem ze strony ustawodawcy. Wątpliwości związane z zakresem zastosowania tego przepisu dotyczą w szczególności użytego w tym przepisie zwrotu: „pozostałe spółki, na które został przeniesiony majątek spółki dzielonej". Za taką spółkę, pomimo odesłania z art. 529 § 2 k.s.h., nie można

uznać spółki wydzielającej majątek (Pinior, 2002, s. 25–26). Spółka wydzielająca nie jest zatem objęta dyspozycją tego przepisu i tym samym gwarancje ochrony wierzycieli przy tym sposobie podziału zostają znacznie osłabione. Przyjęcie tezy, zgodnie z którą przepis ten, z mocy artykułu odsyłającego, znajdzie zastosowanie również do podziału przez wydzielenie rodziłoby konsekwencje nie do zaakceptowania. Warto zaznaczyć bowiem, że wydzielenie jest instrumentem pozwalającym na ostateczną i definitywną zmianę dłużnika (zgodnie z art. 531 § 1 k.s.h. przy podziale mamy do czynienia z „wejściem w prawa i obowiązki", co oznacza po prostu wejście w czyjeś miejsce, zastąpienie kogoś). Dłużnik pierwotny, jakim jest spółka wydzielająca, zostaje zwolniony z obowiązku spełnienia ciążącego na nim zobowiązania i wierzyciel nie może już skutecznie kierować do niego przysługujących mu dotychczas roszczeń. Podział przez wydzielenie odpowiada w istocie konstrukcji prawa cywilnego polegającej na zwalniającym przejęciu długu, a nie przystąpieniu do długu (zob. Drapała, 2002, s. 83 i n.). Taki wniosek pozostaje jednak w sprzeczności z aksjologicznym uzasadnieniem przepisu art. 546 § 1 k.s.h. Trudno afirmować pogląd kolidujący z ustawowymi zasadami ochrony wierzycieli w postępowaniu działowym, z drugiej strony jednak niedopuszczalna jest – niezależnie od trafności przesłanek i pobudek, wykładnia *contra legem*. Próba odwołania się do argumentu „słusznościowego" w celu uzasadnienia zastosowania przepisu art. 546 § 1 k.s.h. także do podziału przez wydzielenie nie może konkurować z wyraźnym jego brzmieniem i założeniami o racjonalności ustawodawcy (por. Kidyba, 2014, s. 1349–1350; Witosz, 2010, s. 250–251; zob. Pabis, 2003, s. 23). Nie przekonuje również argumentacja M. Jasińskiej, która, co prawda, zauważa problem, nie podejmując jednak odrębnych rozważań w tym przedmiocie, ogranicza się do wskazania, że zamiar ustawodawcy powinien mieć przy wykładni tego przepisu priorytetowe znaczenie (Jasińska, 2003, s. 120). Prawidłowa wykładnia przepisu wyklucza możliwość poszukiwania przez wierzycieli zaspokojenia swoich wierzytelności w stosunku do spółki wydzielającej, czyniąc przyznane im na podstawie tego przepisu instrumenty zupełnie nieprzydatnymi, a ustanowiony system ochrony interesów wierzycieli mający chronić ich przed nadużyciami – czysto iluzorycznym.

4. Wykładnia art. 546 § 1 k.s.h. w świetle orzecznictwa sądowego

Pomimo że analizowany przepis funkcjonuje w polskim porządku prawnym przeszło 15 lat, orzecznictwo zarówno sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego na tym tle nie jest bogate, do chwili obecnej przepis

art. 546 k.s.h. nie doczekał się bowiem większego zainteresowania ze strony judykatury. Co więcej, istniejące w tym zakresie orzecznictwo nie zawsze jest wynikiem bezpośredniej analizy kontrowersyjnego przepisu, lecz rezultatem dokonywania przez Sąd wykładni zagadnień jedynie pośrednio z nim powiązanych (zob. wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 21 kwietnia 2010 r., V CSK 318/2009, LEX nr 1360343). Tym bardziej należałoby się spodziewać, że wyrażane przez sądy w nielicznych orzeczeniach poglądy co do zakresu zastosowania komentowanego przepisu i jego roli, jeśli chodzi o zapewnienie należytej ochrony interesów wierzycieli w procesie podziału spółek, będą jednolite.

Zaprezentowane orzeczenia wyraźnie ukażą istnienie dwóch radykalnie odmiennych stanowisk co do ostatecznych rezultatów wykładni przepisu art. 546 § 1 k.s.h. W kluczowym orzeczeniu (Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 24 października 2012 r., III CSK 18/2012, LEX nr 1375408) Sąd Najwyższy stanął na stanowisku, że konstrukcja przepisu nie pozwala na przypisanie spółce dzielonej odpowiedzialności za zobowiązania przypisane w planie podziału spółce przejmującej lub nowo zawiązanej, co w konsekwencji stawia pod znakiem zapytania system ochrony wierzycieli przy podziale przez wydzielenie. Zapatrywania Sądu Najwyższego wyrażone w przywołanym wyroku nie mają jednak mocy zasady prawnej i nie wiążą tym samym przy rozpatrywaniu podobnych spraw (por. art. 61 § 6 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym, Dz. U. 2002, nr 240, poz. 2052). Jednak już z uwagi na autorytet Sądu Najwyższego pogląd ten niewątpliwie powinien wywrzeć wpływ na kształtowanie się linii orzeczniczej sądów powszechnych.

W przywołanym wyroku Sąd rozpoznawał sprawę o zapłatę z powództwa przeciwko spółce akcyjnej, która jeszcze przed jego wytoczeniem dokonała podziału przez wydzielenie. Zgodnie z planem podziału zobowiązanie, z którego wynikało roszczenie będące podstawą wytoczonego powództwa, przypisane zostało spółce wydzielonej. Niezależnie jednak od ustaleń zawartych w planie podziału i zarzutu braku legitymacji biernej podnoszonego przez pozwaną spółkę, sądy niższego rzędu rozpoznające sprawę przyjęły, że zarówno spółka wydzielająca, jak i spółka wydzielona ponoszą solidarną odpowiedzialność za to zobowiązanie, wobec czego powództwo zostało uwzględnione (jako podstawę wskazano art. 546 § 1 k.s.h. w zw. z art. 529 § 2 k.s.h.). Uzasadniając swoje stanowisko, sądy odwołały się do celu, jaki z założenia spełniać miał art. 546 § 1 k.s.h. oraz do właściwych regulacji unijnych (VI Dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich z 17 grudnia 1982 r.), którym polska regulacja dotycząca podziału spółek zawdzięcza swój obecny kształt. Na skutek skargi kasacyjnej pozwanej spółki sprawa trafiła na wokandę Sądu Najwyższego, który rozpoznając skargę, dokonał

wnikliwej analizy zakwestionowanych przez pozwaną przepisów, tj. art. 546 § 1 k.s.h. w zw. z art. 529 § 2 k.s.h. Sąd Najwyższy rozpoczął swoje rozważania od analizy przepisu odsyłającego art. 529 § 2 k.s.h., przyznając, że celem jego wprowadzenia było wypełnienie luki w zakresie regulacji prawnej podziału przez wydzielenie, któremu ustawodawca poświęcił zaledwie kilka przepisów, podczas gdy normatywna regulacja podziału jest, jak wskazał Sąd Najwyższy, „obszerna, szczegółowa i obejmuje łącznie przepisy od art. 528 do art. 550^1 k.s.h.". SN, dokonując wykładni językowej art. 529 § 2 k.s.h., stwierdził jednak, że jego konstrukcja nie pozwala na przyjęcie odgórnego założenia, że w każdym przypadku spółka dzielona powinna być utożsamiania ze spółką przejmującą lub spółką nowo zawiązaną. W konsekwencji, zdaniem Sądu Najwyższego, każdorazowo należy rozważyć, czy dany przepis w zakresie dotyczącym spółki przejmującej lub spółki nowo zawiązanej ma zastosowanie wprost, z modyfikacjami, czy nie ma zastosowania do spółki dzielonej. W kwestii możliwości zastosowania art. 546 § 1 k.s.h. do podziału przez wydzielenie i uznania, że spółka wydzielająca powinna zostać uznana za spółkę przejmującą bądź nowo zawiązaną na którą został przeniesiony majątek, Sąd wypowiedział się negatywnie.

Sumując argumenty Sądu Najwyższego, uzasadniające przyjętą przez niego koncepcję, należy wskazać w pierwszej kolejności, że zdaniem Sądu Najwyższego spółka wydzielająca na skutek wydzielenia zostaje zwolniona z odpowiedzialności w zakresie, w jakim konkretne zobowiązania zostały zgodnie z planem podziału przeniesione na spółkę przejmującą (istniejącą bądź w tym celu zawiązaną). W konsekwencji uznać należy pogląd rozciągający na spółkę wydzielającą odpowiedzialność solidarną za zobowiązania przypisane w planie podziału innym spółkom za nietrafiony i *de facto* niweczący sens takiego działania, bowiem pomimo wyraźnego przypisania konkretnych zobowiązań spółce przejmującej, spółka dzielona z dniem wydzielenia stawałaby się ponownie dłużnikiem co do swego długu, który na skutek wydzielenia przeszedł na odrębny podmiot. Innymi słowy, jak trafnie zauważył Sąd Najwyższy, w chwili, w której spółka wydzielająca traciłaby status dłużnika, stawałyby się nim ponownie. Nie sposób również uznać, że spółka dzielona jest beneficjentem podziału, skoro nie zostaje na nią przenoszony żaden majątek, przeciwnie – doznaje ona uszczuplenia praw majątkowych w następstwie podziału. W efekcie, zdaniem Sądu Najwyższego, w przypadku podziału przez wydzielenie spółka dzielona traci przymiot dłużnika i nie ponosi odpowiedzialności za zobowiązania, które w planie podziału przypisała konkretnej spółce istniejącej bądź spółce nowo zawiązanej. Sąd Najwyższy w sposób jednoznaczny i dobrze uargumentowany wykazał, że konstrukcja zarówno przepisu art. 529 § 2 k.s.h. jak też art. 546 § 1 k.s.h. nie pozwala na przypisanie spółce dzielonej odpowiedzial-

ności za zobowiązania przeniesione zgodnie z planem podziału na spółkę przejmującą i powództwo ostatecznie oddalił.

Wydanie przez Sąd Najwyższy wyroku o treści zaprezentowanej powyżej nie przesądziło jednak o ostatecznym sposobie interpretacji art. 546 § 1 k.s.h. przez wymiar sprawiedliwości i nie spowodowało oczekiwanej jednolitości orzeczniczej. W późniejszym bowiem wyroku Sąd Apelacyjny w Lublinie, rozpoznając sprawę o zapłatę przeciwko spółce, która również dokonała podziału przez wydzielenie, stanął na stanowisku, że art. 546 § 1 k.s.h. znajduje zastosowanie także w przypadku podziału przez wydzielenie i jest źródłem solidarnej odpowiedzialności spółki dzielonej oraz spółki wydzielonej za zobowiązania wymienione w planie podziału (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 16 października 2013 r., I ACa 416/2013, LEX nr 1388883; zob. również Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 2 października 2014 r., IV CSK 71/14, LEX nr 1532842). Spór w przywołanej sprawie koncentrował się wprawdzie wokół innego zagadnienia (odpowiedzialności za zobowiązania wymagalne i niewymagalne wynikające ze stosunku o charakterze ciągłym), jednak ostateczne rozstrzygnięcie zależało od właściwego zastosowania art. 546 § 1 k.s.h. Pomimo że Sąd Apelacyjny ostatecznie zajął jednoznaczne (błędne, zdaniem autorki) stanowisko w kwestii tego, czy przypisanie konkretnych zobowiązań w planie podziału spółce przejmującej zwalnia spółkę dzieloną od odpowiedzialności, czy też ich odpowiedzialność względem wierzycieli jest w tym wypadku solidarna, to jednak nie zajął się tym zagadnieniem w sposób, jakiego należałoby oczekiwać. Sąd ograniczył swoje wywody wyłącznie do zwrócenia uwagi na istniejące w poglądach doktryny rozbieżności dotyczące wykładni art. 546 § 1 k.s.h. w przypadku podziału spółki przez wydzielenie, a więc w sytuacji, gdy spółka wydzielająca zachowuje dalej swoją podmiotowość prawną. Rozbieżności te zostały sprowadzone do zaprezentowania dwóch stanowisk: zwolenników poglądu, zgodnie z którym decydujące znaczenie ma wykładnia gramatyczna art. 546 § 1 k.s.h., wobec czego należy przyjąć, że za zobowiązania przypisane w planie podziału spółce wydzielonej nie odpowiada spółka wydzielająca oraz jego krytyków, przypisujących spółce wydzielającej odpowiedzialność solidarną za takie zobowiązania. Sąd, opowiadając się za ostatnim z dwóch stanowisk, w sposób nader oszczędny naświetlił motywy swojej decyzji, odwołując się do bezpieczeństwa obrotu i interesu prawnego wierzycieli, a także konkretnych pozycji w literaturze przedmiotu.

Bezspornie, przy dokonywaniu wykładni art. 546 § 1 k.s.h. należy mieć na uwadze cel normy prawnej w nim zawartej, jakim jest ochrona wierzycieli spółki dzielonej. Jednakże nie może to przesłaniać znaczenia, jakie można nadać analizowanemu przepisowi w drodze wykładni językowej i grama-

tycznej. Stanowisko Sądu Apelacyjnego w Lublinie zaprezentowane w wydanym w dniu 16 października 2013 r. wyroku, z uwagi na bardzo zwięzłe, wręcz lakoniczne uzasadnienie, uniemożliwia podjęcie merytorycznej polemiki. Sąd uznał niejako za aksjomat założenie ustawodawcze o roli, jaką art. 546 § 1 k.s.h. powinien odgrywać w zapewnieniu należytej ochrony interesów wierzycieli przy podziale i tym samym zupełnie bezkrytycznie przyjął, że skoro przepis ten spełnia swoje zadanie w przypadku podziału *sensu stricto*, nie ma żadnego powodu, by różnicować skutki jego zastosowania przy podziale przez wydzielenie. Sąd Apelacyjny, nie zajmując się staranniej brzmieniem przepisu i nie próbując zdekodować norm prawnych w nim zawartych, przychylił się do stanowiska opowiadającego się za przypisaniem spółce dzielonej solidarnej odpowiedzialności za zobowiązania, które zgodnie z planem podziału przypadają spółce wydzielonej. Takie podejście Sądu Apelacyjnego można próbować bronić okolicznością, że sam ustawodawca, mimo znaczących różnic między podziałem *sensu stricto* a podziałem przez wydzielenie, uznał je za jedną instytucję i zdecydował się na, co do zasady, wspólną regulację poprzez wprowadzenie przepisu odsyłającego w art. 529 § 2 k.s.h. Jednak nie wydaje się, że może ona stanowić wystarczająco przekonujący argument.

Zaprezentowane powyżej wyroki w sposób jednoznaczny wskazują, że poglądy judykatury w kwestii interpretacji przepisu art. 546 § 1 k.s.h. nie są ugruntowane, a przepis ze względu na swoją konstrukcję wzbudza wątpliwości. Autorka niniejszego artykułu opowiada się za stanowiskiem zaprezentowanym przez Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 24 października 2012 r., konsekwencją czego jest przyjęcie przez nią ostatecznie tezy, że w przypadku podziału przez wydzielenie interesy wierzycieli spółki dzielonej nie są chronione. Gwarancja właściwej ochrony wierzycieli, stanowiąca przecież istotny punkt odniesienia dla ustawodawcy przy tworzeniu przepisów o podziale spółek prawa handlowego, w przypadku podziału przez wydzielenie pozostaje fikcją, a spółka wydzielająca, mogąc w sposób dowolny wyprowadzać majątek z jednej spółki do drugiej – tworząc w ten sposób centra zysków i strat – uchyla się ostatecznie od odpowiedzialności. Dodając do tego wyłączenie procedury konwokacyjnej w przypadku podziału spółek oraz brak wymogu uzyskania zgody wierzycieli na przejęcie długu przez inny podmiot, należy jednoznacznie opowiedzieć się za koniecznością dokonania wyraźnych zmian w prawie. Funkcjonująca obecnie konstrukcja prawna nie spełnia swej roli i godzi w bezpieczeństwo obrotu. Sądy, chcąc realizować rzeczywistą wolę ustawodawcy i dążąc do zapewnienia, zgodnej z poczuciem sprawiedliwości oraz celem, dla którego przepis art. 546 § 1 k.s.h. został wprowadzony, właściwej ochrony interesów wierzycieli, narażone są na konieczność podejmowania rozstrzygnięć, które

będą opierały się na takiej interpretacji przepisów, która narażona jest na zarzut wykładni *contra legem* (szerzej na temat wykładni *contra legem* zob. Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 12 września 2003 r., I CK 46/2002, LEX nr 146454; Uchwała Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 7 czerwca 2001 r., III CZP 29/2001, OSNC 2001/12/171).

5. Podsumowanie

Celem wprowadzonej do Kodeksu spółek handlowych instytucji podziału spółek było pogodzenie interesów dwóch odmiennych grup podmiotów i dwóch odmiennych wartości, tj. interesu samej spółki, poprzez umożliwienie dostosowania formy prowadzonej działalności do potrzeb rynku oraz interesu wierzycieli spółki, poprzez zapewnienie im gwarancji ochrony ich interesów. Niniejszy artykuł daleki jest od wyczerpania poruszonej w nim problematyki i stanowi jedynie próbę zwrócenia uwagi na najbardziej doniosłe pod względem praktycznym problemy interpretacyjne związane z wykładnią art. 546 § 1 k.s.h. Nie deprecjonując w żadnym stopniu wprowadzonych rozwiązań i ich znaczenia w skomplikowanych procesach restrukturyzacyjnych, zdaniem autorki istniejąca regulacja nie do końca jednak spełnia wyznaczoną jej funkcję i nie można uznać, iż zapewnia ona należytą ochronę interesów wierzycieli w przypadku wszystkich wprowadzonych do k.s.h. sposobów podziału. W konsekwencji, w następstwie podziału przez wydzielenie może dojść do pogorszenia sytuacji wierzycieli i tym samym ten sposób podziału spółki może stać się skutecznym narzędziem pozwalającym spółce dzielonej na uniknięcie konieczności spłaty swoich zobowiązań, bez narażania się na zarzut naruszenia prawa.

Podsumowując, wskazać należy na najistotniejsze wnioski płynące z poczynionych wcześniej rozważań. Po pierwsze, nie budzi żadnej wątpliwości, że podział przez wydzielenie jest jednym ze sposobów podziału spółek, do którego stosujemy przepisy Działu II Tytułu IV k.s.h. na mocy odesłania zawartego w art. 529 § 2 k.s.h. Po drugie, podział przez wydzielenie jest mechanizmem umożliwiającym spółce przeprowadzenie procesów restrukturyzacyjnych bez konieczności zakończenia działalności gospodarczej. Po trzecie, potrzeba zapewnienia ochrony interesów wierzycieli znajduje odzwierciedlenie we wprowadzonych w art. 531 i 546 k.s.h. szczególnych zasadach ponoszenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki dzielonej przez spółki uczestniczące w podziale. Te wnioski nie budzą zastrzeżeń i wynikają wprost z regulacji kodeksowych. Komplikacje pojawiają się natomiast przy próbie zastosowania, zgodnie z kierunkiem wyznaczonym przez treść art. 529 § 2 k.s.h., przepisów ustanawiających reguły ponoszenia

odpowiedzialności, w szczególności artykułu 546 § 1 k.s.h. do podziału przez wydzielenie. Zdaniem autorki, skoro – jak zostało wcześniej zilustrowane, dokonując wykładni tego przepisu – możliwe jest zajęcie dwóch całkowicie odmiennych od siebie stanowisk co do skutków jego zastosowania do podziału przez wydzielenie, należałoby rozważyć usunięcie tak poważnych wątpliwości na drodze legislacyjnej, niż dopuszczać podejmowanie sądowych rozstrzygnięć w oparciu o argumenty o charakterze teleologicznym i aksjologicznym (stojące w sprzeczności z literalnym brzmieniem przepisu), aby zapewnić ochronę interesów wierzycieli. Przedstawione wątpliwości zasługują na większe zainteresowanie ze strony doktryny i odrębne potraktowanie w ramach projektowanych zmian Kodeksu spółek handlowych. Zachowawcze stanowisko autorów projektu nowego kodeksu w tym zakresie, wobec fikcji prawnej ochrony wierzycieli przy wydzieleniu, jest zupełnie niezrozumiałe i należy uznać to jedynie za chwilowe niedopatrzenie. W konsekwencji, na tle powyższych rozważań postulat interwencji legislacyjnej w postaci stosownej „korekty" komentowanego przepisu art. 546 § 1 k.s.h. w kierunku rozszerzającym krąg podmiotów ponoszących solidarną odpowiedzialność za zobowiązania spółki dzielonej (tak, aby możliwe było przypisanie takiej odpowiedzialności także spółce wydzielającej), wydaje się zasadny. Taka korekta, będąca zgodną z oczekiwaniami praktyki, przyczyni się do ujednolicenia linii orzeczniczej i tym samym do zapewnienia większej spójności samej regulacji podziału spółek. Oczywiście, nie spowoduje ona automatycznego wyeliminowania wszystkich wątpliwości związanych z komentowanym przepisem i nie można wykluczyć, że przynajmniej na gruncie teoretycznym, może stanowić przyczynek do wzmożonej dyskusji, jednak z pewnością sprawi, że korzystanie z przyznanych wierzycielom instrumentów ochrony stanie się bardziej realne.

Notka biograficzna:

adwokat Wielkopolskiej Izby Adwokackiej, doktorantka na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Literatura

Drapała, P. (2002). *Zwalniające przejęcie długu*. Warszawa: C.H. Beck.

Jasińska, M. (2003). *Podział spółek kapitałowych. Art. 528–550 KSH. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Kidyba, A. (2014). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz LEX. Tom II*. Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.

Litwińska, M. (2001). Podział spółek według kodeksu spółek handlowych. Zagadnienia wybrane. *Przegląd Prawa Handlowego*, 10, 2–19.
Litiwńska-Werner, M. (2007). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Trzecie wydanie*. Warszawa: C.H. Beck.
Pabis, R. (2003). O potrzebie nowelizacji Kodeksu spółek handlowych, cz. III. *Prawo Spółek*, 5, 21–26.
Pinior, P. (2002). Podział spółki kapitałowej przez wydzielenie majątku. *Prawo Spółek*, 5, 16–26.
Pinior, P. (2013). W: J.A. Strzępka (red.), *Kodeks spółek handlowych, Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.
Rodzynkiewicz, M. (2014). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis.
Safjan, M. (red.) (1995). *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie*. Warszawa: Instytut Wymiaru Sprawiedliwości.
Siemiątkowski, T., Potrzeszcz, R. (red.) (2011). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. Tytuł IV. Łączenie, podział i przekształcenie spółek. Tytuł V. Przepisy karne. Tytuł VI. Zmiany*. Warszawa: LexisNexis.
Sołtysiński, S., Szajkowski, A., Szumański, A. (1999). Ustawa – prawo spółek handlowych, projekt z dnia 20 maja 1998 r. wraz z uzasadnieniem. *Studia Prawnicze*, 1–2, 9–87.
Szumański, A. (2001). Nowe polskie prawo spółek handlowych. *Przegląd Prawa Handlowego*, 1, 1–12.
Szumański, A. (2002). Podział spółki w świetle kodeksu spółek handlowych. *Prawo Spółek*, 1, 2–15.
Szumański, A. (2012). W: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja (red.), *Kodeks Spółek Handlowych, Tom IV, Łączenie, podział i przekształcanie spółek. Przepisy karne. Komentarz do artykułów 491–63*. Warszawa: C.H. Beck.
Szwaja, J. (2001a). Nowy kodeks spółek handlowych (cz. I). *Prawo Spółek*, 1, 4–11.
Szwaja, J. (2001b). Nowy kodeks spółek handlowych (cz. II). *Prawo Spółek*, 3, 4–12.
Witosz, A. (2010). W: A. Kidyba (red.), *Łączenie, Podział i przekształcenie spółek handlowych*, wyd. 2. Warszawa: Oficyna a Wolters Kluwer business.

Division of a company by a spin-off – an attempt of restructuring or a way of evading legal provisions protecting creditors? Some remarks on the wording of Article 546 § 1 of the Code of Commercial Companies and Partnerships

Summary

This article is an attempt to evaluate the division of a company by a spin-off from the perspective of ensuring proper and due protection of creditors and realization of statutory requirements. The institution of solidary (joint and several) liability of companies, participants in a division process, for obligations of concrete individual companies assigned with liability pursuant to Article 546 § 1 of the Code of Commercial Companies and Partnerships has been analysed. Based on the existing judicial decisions, the authoress undertook to prove that the current regulations do not

fully satisfy the requirements arising from their role and therefore cannot be regarded as providing sufficient and satisfactory protection of creditors' interests in respect of any of the forms of division envisaged in the Code. It has been concluded that a spin-off division of a company may worsen the situation of its creditors, which means that such form of company division may in fact serve as an effective and not illegal tool to resort to in order to avoid payment of obligations without being charged with any infringement of law.

Key words: division of companies, spin-off division, solidary (joint and several) liability, creditor protection.

JERZY WYSOCZAŃSKI

Taking up shares in the acquiring companies or newly formed companies by the demerging company shareholders – the personal succession

Uczestnictwo wspólników spółki dzielonej w spółkach przejmujących lub nowo zawiązanych – sukcesja personalna

Summary

The article is devoted to the issue of personal succession in the case of a capital company demerger. It focuses exclusively on the principles of taking up shares in the successor companies by the demerging company shareholders. Following a demerger, successor companies cannot be accessed by other parties. As it seems, it should be assumed that in addition to generally accepted principles of pro rata shareholdings in all acquiring companies as well as newly formed ones, and principles of dividing the shareholders, they may also coexist within one process. Despite the wide latitude, the adopted rules of personal succession can provide the basis for appealing against a resolution on a demerger. Another way to protect shareholders is the right to demand redemption of shares in case of less advantageous conditions in the successor company. This study also verifies the scope of application of Art. 531 §5 of the Code of Commercial Companies, which is limited to an acquiring company and does not address a newly formed company, since the latter is present in a demerger also in the formation phase. Its role is fulfilled by the provision of Art. 12 CCC.

Key words: demerger, demerging company, newly formed company, acquiring company, personal succession, shareholder(s).

Introduction

The Polish Code of Commercial Companies of 15 September 2000 (hereinafter: CCC), in force since 1 January 2001, introduced an expanded (in relation to the Commercial Code provisions) list of restructuring processes available to commercial companies. It included an institution that had not existed before: a demerger meant exclusively for capital companies (Art. 528 § 1 first sentence and § 2, CCC). Its main idea is transferring all or just a part of the assets of a demerging company to other companies involved in the demerger. These can be already existing companies which act as acquiring companies, or newly formed companies which are established specifically for the needs of the demerger process. In any case, they must be capital companies, not partnerships (Art. 528 § 1 first sentence, CCC).

It is beyond doubt that each commercial company should have its "personal substrate", which in capital companies takes the form of a general meeting of shareholders or annual general meeting. Among the issues related to the two crucial outcomes of the contemplated process (which appear in each and every case of the process), irrespective of the significant matter of dividing the demerging company assets, the lots of demerging company shareholders will be given focused attention. This article concentrates exclusively on taking up shares in acquiring companies or newly formed companies, without considering the substance and scope of the rights applicable in successor companies.

Personal succession – permissible configurations

It appears that in a demerger process there is no possibility for any successor company to be accessed by third parties such as entities that have not been entitled to shares in the companies participating in the demerger. Similarly, CCC provides no basis to assume that this process could lead to changes in ownership other than taking up shares in the successor companies by the demerging company shareholders (i.e. it is not possible for shareholders of any of the successor companies participating in the demerger to take up shares in any other of them). Therefore, it is unambiguous that any movements involve solely the "personal substrate" of the demerging company. Bearing this in mind, it needs to be determined in which possible configurations shareholders can take up shares in acquiring companies or newly formed ones, which the legal doctrine describes as personal succession (this notion is used by Szumański, 2012, p. 742 and subsq.).

Split-up demerger

In the first place, we should distinguish between a split-up demerger, which in the legal literature is frequently referred to, citing A. Szumański, as a demerger *sensu stricto* (2012, pp. 659, 692; see also Rodzynkiewicz, 2014, p. 1183; Pinior, 2002, p. 16), and a spin-off demerger, which has already become a concept in the legal language. The main feature of the former concept is that a demerging company is dissolved without a liquidation process (Art. 530 § 1 CCC). Pursuant to the provisions of Art. 529 §1 items 1–3 CCC, such a demerger may be effected in three ways, namely via transferring the total assets of the demerging company to:

- other companies – in return for shares in the acquiring company, which are taken up by the demerging company shareholders (demerger by acquisition)
- newly formed companies – in return for shares in the new companies (demerger by formation of new companies)
- an already existing company or companies and a newly formed company or companies (demerger by acquisition and formation of a new company),

while the above is always connected with ending the legal existence of the demerging company, which in consequence leads to expiry of that company shareholder status. Nonetheless, as provided by the legislator, the demerging company assets are transferred in return for shares in, respectively, the acquiring company or the newly formed one. However, the legislator fails to specify any principles or scenarios to be applied to determine in which of the successor companies any given shareholder may take up shares and whether it ought to be only one company or more.

The wording of Art. 531 § 5 CCC is not sufficient in this respect. It specifies that shareholders of the demerging company become shareholders of the acquiring company indicated in the demerger plan. As M. Rodzynkiewicz rightly pointed out, it confirms that the process in question may result in splitting also the shareholders, which means that some of them will move to one acquiring company or the newly formed company, and others to another company (Rodzynkiewicz, 2014, p. 1189). Had the legislator intended that all the shareholders should take up shares in each of the successor companies, reference to the demerger plan would have been redundant. Quite the contrary, the singular reference might suggest that the demerging company shareholder may access only one of them. This would even mean the need to divide the company also in terms of ownership. On the other hand, this regulation could also be interpreted in such a way that it refers to every

single acquiring company allocated in the demerger plan to the given shareholder, without an explicit statement of any permissible quantities. This is confirmed by the opinion prevailing among the researchers, saying that a demerging company shareholders may become, proportionally to their shareholding in the initial capital, shareholders of all the successor companies, but also the above mentioned division in terms of ownership may be effected (Szumański, 2002, p. 3).

This interpretation is further supported by the provisions of Art. 534 § 1 item 8 CCC which require that the demerger plan should include rules of personal succession. This indicates that the legislator decided not to interfere in this regard, leaving a far-reaching freedom of choice for interested parties. It should also be noted that this regulation does not refer to dividing the demerging company shareholders among the acquiring companies or the newly formed ones, but to dividing shares of the successor companies among those shareholders, which also alludes to the share exchange ratio (Art. 534 § 1 item 2 CCC). The Supreme Court adopted a similar stance in its ruling delivered on 24 October 2012, file no. III CSK 18/12, generally accentuating that this form of company restructuring is effected with regard to ownership or assets, but in a manner to be chosen at the shareholders' discretion. Any doubts are dispelled by Art. 538^1 CCC, amended on 27.10.2011, as the provisions of § 2 exclude some of the imposed procedural requirements "in the case of a demerger by formation of new companies, if the demerger plan stipulates that the demerging company shareholders shall maintain their shareholding in the initial capital of the demerging company in the initial capitals of all of the newly formed companies". This means that the presented option of the pro rata shareholding in all the companies is merely one of the permissible alternatives.

Majority of the commentators (cf., *inter alia*, Kidyba, 2013, p. 1283; Pinior, 2013, pp. 1238, 1249; Rodzynkiewicz, 2014, pp. 1184, 1196; Szumański, 2012, pp. 660, 696) tend to portray both of the aforementioned rules as mutually excluding (being an exclusive disjunction not so much in relation to a single successor company, as generally to a particular demerger process). This is because it is emphasized that pro rata shareholding shall refer to all the companies to which the assets of the demerging company are transferred. We can assume that it results from the limited scope of examined cases, where there are only two successor companies, which is the minimum quantity for a split-up. In this case the presented approach maintains full validity, with no exception. Such an analysis, however, does not seem to be exhaustive, as there is no doubt that in the case of a split-up demerger the company assets may be transferred to more than two companies, whether acquiring or

newly formed ones – which results directly from the provisions of Art. 528 § 1 and 529 § 1 items 1–3 CCC. As a result, the third option will come up (or rather more of them, depending on the number of companies taking part in the demerger).

Thus, if there are more than two acquiring or newly formed companies, in addition to the already discussed basic principles, a question arises whether they may be combined in one process. We cannot exclude a situation in which conflicted shareholders of a capital company are willing to compromise and will consent to its demerger on condition that they maintain their shares in the most stable and profitable part of the company, operating in accordance with the tried and tested rules, in a manner that does not generate conflicts serious enough to paralyse the company functioning together with all of its shareholders. At the same time, they may be interested in dividing the shareholders in view of more risky projects to be embarked on as the company develops, which would cause the most severe personal conflicts.

Bearing in mind the liberty left in this respect to the companies participating in a demerger, one ought to be for allowing such a combination in its all potential configurations (cf. Siemiątkowski, Potrzeszcz, 2011, p. 207). For example, all shareholders of a demerging company can move to one of the acquiring or newly formed companies, based on their pro rata shareholding in the initial capital, and at the same time divide themselves among the remaining successor companies. This greatly increases the usefulness and attractiveness of the restructuring process in question, and what is more, it is technically plausible.

What is not possible, however, is obtaining further flexibility of personal succession resulting from the demerger. In a situation when all the shareholders have their stakes in one of the successor companies, and they want to divide the shares in the remaining companies among one another, it is obvious that each of the present shareholders should be given shares also in one of those (Jasińska, 2003, p. 26 and subsq). Otherwise, they would clearly be aggravated. Compensation cannot be based on an increase in their shareholding in the initial capital of the company in which all of the demerging company shareholders have their shares, because the share exchange ratio is as a rule defined for all shares in the same way (cf. Szumański, 2012, p. 789). In this context, one should take into account the provisions of Art. 550 § 1 CCC which generally prohibit any acquiring companies from taking up treasury shares in return for any shares held in the demerging company or for the demerging company treasury shares (this is brought in focus by Rodzynkiewicz, 2014, p. 1184; see generally: Rachwał, 2014, p. 1316 and subsq.).

Spin-off demerger

In the case of a spin-off demerger, the situation is different in the sense that it involves transferring only a part of the demerging company assets to an existing or a newly formed company (Art. 529 § 1 item 4 CCC), while the demerging company continues to exist (Art. 530 § 2 CCC). Consequently, it still needs to have shareholders. It is currently beyond doubt that the discussed two basic ways of specifying the criteria for personal succession can also be applied for spin-off demergers, naturally accounting for the mentioned character of this process (see generally: Popiołek, 2002, p. 2; also compare Kidyba, 2013, p. 1254). Namely, it is unquestionable that all of the demerging company shareholders can have pro rata shareholdings in the acquiring or a newly formed company, concurrently remaining the shareholders of the demerging company on an unchanged basis. This is confirmed by the provision of Art. 542 § 4 CCC which says that a spin-off does not have to mean a reduction of the demerging company initial capital, if such a spin-off is effected using owner's equity other than the initial capital. Accordingly, P. Pinior rightly indicates that in this case it is more reasonable to talk about the share allocation ratio rather than the share exchange ratio (Pinior, 2013, p. 1259). As for dividing the shareholders, some of them will stay in the demerging company, whereas the others will move to the successor company. Before considering any further alternatives, first it is necessary to answer the question: how many companies can participate in a spin-off demerger.

The views and opinions in this regard are by no means unanimous. W. Popiołek states that these can only be two companies – the demerging company and the spin-off company (acquiring or newly formed one). This author bases his opinion on the unambiguous, in his view, wording of Art. 529 § 1 item 4 CCC (Popiołek, 2002, p. 1). Most certainly he means the singular used in that regulation – "transferring part of the assets of the demerging company to an existing company or to a newly formed company". This concept may be deemed enhanced by the wording of Art. 529 § 1 item 3 CCC, where the plural is clearly introduced next to the singular, treating of transferring the assets "to an existing and to a newly formed company or companies". Nonetheless, a significant part of the commentators support an idea that a bigger number of successor companies should be allowed to participate in a spin-off demerger (Rachwał, 2014, p. 1252, 1257; Pinior, 2002, s. 16). So does A. Szumański, who – like W. Popiołek – refers to the linguistic interpretation, but stresses the use of the conjunction "or" which is an inclusive disjunction, and also to the legislative convention (Szumański, 2012, p. 698; compare also Witosz, 2001, p. 1195). An additional argument here is

the content of the general rule saying that "A capital company may be divided into two or more capital companies" (Art. 528 § 1, first sentence, CCC). In fact, this controversy can also be solved by way of a certain compromise. M. Rodzynkiewicz claims that albeit only one acquiring or newly formed company can partake in a spin-off, it is permissible to spin off individual parts of the demerging company assets to several successor companies within a single demerger procedure (Rodzynkiewicz, 2014, p. 1183). This correlates with the construct of the spin-off date, described in the provisions of Art. 530 § 2 CCC, which is either entering a new company in the register or entering an increase in the acquiring company initial capital (see also Art. 542 § 4 CCC). As a result, the number of spin-off dates will be equal to the number of successor companies (Rodzynkiewicz, 2014, pp. 1185–1186).

Therefore, there is an open question regarding two further alternatives: 1) the demerging company shareholders can have pro rata shareholdings in one of the acquiring or newly formed companies, whereas moving to the other ones is possible only for some of them who exit the demerging company 2) all the shareholders of the demerging company can remain its shareholders and at the same time divide themselves among the acquiring or newly formed companies. Because of the aforementioned specific nature of the spin-off date, the latter option raises serious objections, as it radically separates the individual outcomes of the legal construct. There would be a risk that not all of the demerging company shareholders would obtain at the same time the equivalent of an effective reduction of its assets (cf. Art. 531 § 1 in conjunction with Art. 530 § 2 CCC).

The criteria for dividing shares of acquiring companies or newly formed ones versus admissibility of appealing against a resolution on demerger

Irrespective of a vast array of possibilities left available to companies participating in a demerger with regard to moving the shareholders of the demerging company to particular successor companies, the legislator seems to have considered the ownership aspects of a demerger as particularly important. The provisions of Art. 536 § 1 CCC require that demerging company and acquiring company management boards prepare written reports including also a justification of the selected criteria for division of shares (it is most important in the case of "shareholders splitting", so this obligation is excluded in the case of a demerger by formation of new companies if the demerger plan provides that the demerging company shareholders maintain

the pro rata shareholding held in the initial capital of the demerging company in the initial capitals of all of the newly formed companies – Art. 538[1] § 2 CCC). This criterion, directly touching upon equal treatment of shareholders in analogical circumstances, exceeds the notion of a share exchange ratio itself which boils down to a mathematical conversion factor. Consequently, the criterion is not banned by the provisions of Art. 544 § 3 CCC and can provide basis for appealing against a resolution on demerger if it leads to aggravation of some of the shareholders (Rodzynkiewicz, 2014, p. 1196; Szumański, p. 790). In such a case, the provisions of Art. 20 CCC need to be followed (Kidyba, 2013, p. 1283; Szumański, 2012, pp. 790–791, 798, 823).

Less advantageous conditions in an acquiring company or a newly formed one in respect to the range of personal succession

According to the provisions of Art. 541 § 5, first sentence, CCC: "If the demerger plan provides that the demerging company shareholders take up shares in the acquiring company or the newly formed company on conditions that are less advantageous than in the demerging company, such shareholders may lodge objections to the demerger plan within two weeks from the day of its announcement and demand that the acquiring company or the newly formed company redeem their shares within a period of up to three months from the demerger." This regulation does not mean that the possibility of initial resignation from having a shareholding in a successor company has been introduced (Witosz, 2004, pp. 11–13), so it does not influence the range of candidates for personal succession. The way this entitlement is executed hints that it would be more adequate to define it as the right to exit an acquiring company or a newly formed one (however, it will not involve the shares which the "moving" shareholder possessed in the acquiring company before the demerger, even though such a limitation is not stipulated *expressis verbis* in the quoted regulation). The obligation to redeem the shares falls only on the acquiring company or the newly formed one. The redemption is carried out only after finalising the demerger process.

In the literature, there is a view that the institution in question cannot be applied in the case of a spin-off. Justifying this stance, A. Kidyba indicates laconically that the demerger date is the date on which the demerging company is deleted from the register. However, due to the fact that in the case of a spin-off demerger the demerging company continues to function, Art. 541

§ 5 CCC cannot be applied (Kidyba, 2013, p. 1321). Further on, it needs to be noticed that the provisions of Art. 530 § 1 and § 2 CCC indicate an independent way of establishing, respectively, the demerger date and spin-off date. Therefore, there is no basis to consider that the latter term is subordinated to the former. The legal regulation scopes are strongly disjunctive in this case, even though a spin-off demerger itself is classified as a type of demerger and not as a separate institution. The legislator realises this, which is confirmed e.g. by relating one of the most essential outcomes of a demerger – transferring rights and obligations – to the demerger date and the spin-off date, mentioned separately and one after another in the provisions of Art. 531 § 1 or § 2 CCC. Art. 531 § 5 CCC itself also differentiates between a demerger date and a spin-off date, similarly as in Art. 532 § 3, Art. 544 § 1 CCC, but not in the mistaken wording of Art. 545 §2 CCC (Rachwał, 2014, p. 1308). This is a proof that the legislator differentiates deliberately between these two notions. Ceasing the analysis at this point, we would need to opt for A. Kidyba's thesis. Nonetheless, it does not seem to be adequate enough if juxtaposed with the conclusions drawn from further phases of the interpretation.

Owing to the limitations included in the second sentence of § 5, Art. 541 CCC, the entitlement to file a demand to redeem shares is regarded in practice as the right of minority or small shareholders. However it may constitute an alternative to appealing against the resolution on demerger (cf. Szumański, 2012, pp. 921, 923). It is connected with the fact that for the demerger to be valid, consent of all the shareholders of the demerging company is in no way required – only of their adequate majority (Art. 541 § 1 and 2 CCC). Limiting the possibility to exit a company only to the split-up demerger would be justified in two hypothetical situations. The first would occur if the risk to be mitigated by the discussed regulation did not occur in the spin-off aspect. However, even then there would be a possibility of a split between the shareholders, which generates the risk. In such circumstances there still would not be any controversy if the legislator stipulated some other institutions for a spin-off, realising the same aim at an analogical level, but in a different way (namely, a competitive appeal against the resolution on demerger is permissible also in the case of a split-up). Nevertheless, the analysis of the regulations on demergers does not provide such alternative solutions. To conclude: should one accept A. Kidyba's view, one would need to accept the axiological inconsistency of the legislator. A. Szumański draws similar conclusions, pointing out, among others, the lack of rational reasons for excluding application of the entitlements resulting from Art. 541 § 5 CCC to the shareholders of a spin-off company (Szumański, 2012, p. 922; see also Pinior, 2013, pp. 1281–1282). The useful-

ness and accuracy of another argument, saying that a general reference norm should be applied here, needs to be evaluated with a conservative approach in view of the aforementioned, clearly distinguished and relatively consistent distinguishing between a demerger date and a spin-off date, which are mentioned one after another. Thus, the current wording of Art. 541 § 5 CCC constitutes the legislator's oversight.

Normative basis for determining the moment of obtaining a shareholder status in an acquiring or a newly formed company

A separate analysis is required to determine the moment of personal succession. According to Art. 531 §5 CCC: "On the demerger date or the spin-off date, the shareholders of the demerging company shall become shareholders of the acquiring company indicated in the demerger plan." Though the provision unquestionably refers to having a shareholding in the acquiring company, it may be doubtful whether the quoted regulation applies also to the (here omitted) newly formed company.

The concepts of broad understanding of an acquiring company and the legislator's error

In the first place, a solution to the problem illustrated above could be searched for in adopting a broad understanding of an acquiring company, which would also embrace a company newly formed in connection with a demerger. This is proposed by A. Szumański, who, in this context, refers to the already existing company as an acquiring company *sensu stricto*. Generally, he bases his stance on the lack of rationale for limiting personal succession exclusively to a demerger by acquisition, which inevitably would lead to the pointlessness of other ways of carrying out this process. A. Szumański also enhances his point by referring to the etymology of the term "acquiring company" and noticing that a newly formed company actually acquires part of the demerging company assets, as defined in the demerger plan (Szumański, 2013, pp. 742–743).

The above-mentioned argumentation should be approached critically. It seems to be all the more unjustified that the legislator does not indicate anywhere that, depending on the context, there are two meanings of "acquiring company": 1) the narrow one, including only the one from among the

successor companies, which already exists; 2) the broad one, including both the acquiring company – understood in the narrow sense above – as well as a newly formed company. Quite the contrary: in any other case whenever in a regulation the legislator mentions only an acquiring company or a newly formed one, the application range of the regulation is clearly limited to the mentioned category. For instance, it is illustrated by Art. 533 § 1 and 2 CCC. A similar differentiation and a separate regulation can be found in Art. 535 § 1 and 2, 536 § 1 and 2, as well as in 541 § 1 and 2 CCC. However, also in the case of the regulations of Art. 535 § 3, 550 § 1 and 2, 540 § 2 or 546 § 2 CCC, there is no doubt that mentioning only an acquiring company, they cannot refer to a newly formed company, but only to the already existing one. On the other hand, the fact that Art. 540 § 1 CCC includes only a demerging company and an acquiring company, without a newly formed company in formation, should be explained by having no negative effect on its shareholders' interest, as at this stage they always remain the shareholders of the demerging company. However, what is much more important, when a given regulation is to refer to both types of successor companies, the Code of Commercial Companies consistently differentiates between an acquiring company and a newly formed company, by mentioning them individually one after another (see Art. 529 § 2, 3, 4; Art. 531 § 1, 2, 3, 4; Art. 532 § 1; Art. 534 § 1 item 2, 3, 4, 5, 7, 8, § 2 item 1; Art. 536 § 4; Art. 538^1 § 3; Art. 539 § 1; Art. 541 § 5, 6; Art 542 § 1, 2, 5; Art. 543; Art. 544 § 1, 2; Art. 545 § 2; Art. 546 § 1; Art. 547 § 2 and 3 CCC; but most of all Art. 533 § 3 CCC). This means that the legislator fully respects the differences between these companies, which is expressed in the wording of the regulations.

It is also helpful to cite a counterpart of Art. 531 § 5, concerning a merger of companies, which is Art. 494 § 4 CCC. It states that "On the merger day, the shareholders of the acquired company or companies merging by formation of a new company shall become the shareholders of the acquiring company or the newly formed company". After all, in this case the newly formed company also "acquires" the assets of the merging companies, but still, despite this etymological closeness to the acquiring company, it is named separately. Since in the case of a merger the legislator transparently introduced such an editorial rule and differentiated between an acquiring company and a newly formed one, and then explicitly differentiated between them in other regulations pertaining to demergers, then it would be illegitimate to assign an exceptionally different meaning to the same notion at just one point.

The attempt made by A. Szumański to show the practical value of the solution adopted by the legislator – which is grounded on the supposed possi-

bility to avoid repeating all the four permissible ways of a company demerger – is completely unclear as well (Szumański, 2013, p. 743). All in all, the construct of this regulation in no way would require naming all the alternatives described in Art. 529 § 1 items 1–4 CCC. It refers to the kinds of successor companies only, and there are always two of them, taking into consideration the reference norm of Art. 529 § 2 CCC. The legislator applied a similar method in the provisions of Art. 494 § 4 CCC.

M. Rodzynkiewicz presents a different view on this issue. As opposed to A. Szumański, instead of the legislator's mental shortcut in the commented regulation he sees a legislative error consisting in an omission of the newly formed company. Nonetheless, he makes an analogical assumption that the interpretation, in which the shareholders of the demerging company cannot become shareholders of the newly formed company on the demerger day, would lead to such an absurd implication as impossibility of carrying out the demerger in any way that includes forming a new company. Due to that reason only, he opts for understanding a newly formed company as an acquiring company in this particular case (Rodzynkiewicz, 2014, p. 1189). Such a stance is surely more correct, as it does not assume assigning different meanings to the same notion, but is based on other than linguistic rules of interpretation.

Influence of the construct of a newly formed company in formation

It is worth considering whether both of these opinions, which actually lead to the same conclusion, are based on an accurate assumption. The assumption says that denying application of the provisions of Art. 531 § 5 CCC to newly formed companies results in an unacceptable degeneration: pointlessness of a demerger using newly formed companies. In this case, one should not ignore the fact that a demerger involves a category of a newly formed company in formation. The legislator introduced this category for the first time in Art. 536 § 4 CCC, and apart from that also in the even more significant provision of Art. 541 § 2 CCC.

That has an impact also on the analysed issue. When a newly formed company in formation starts to exist in the course of activities associated with a demerger implementation, it should have its shareholder(s). The alternative is to admit that such a company could exist without its personal substrate (and it is the personal substrate, not the assets, that is crucial for the existence of an organizational unit which in this case is an imperfect le-

gal person). Apart from the fact that it would be a highly undesirable situation, such a possibility is clearly negated by the latter of the above-mentioned provisions, i.e. Art. 541 § 2 CCC. Pursuant to it, a company demerger by formation of a new company requires, inter alia, a resolution to be adopted by shareholders of each of the newly formed companies in formation. This dismisses any doubts regarding two important issues. Firstly, the newly formed company in formation must exist no later than in the second „ownership" stage, when the resolutions on the demerger are adopted. Secondly, at that stage it already has its shareholders. On a side note, their configuration undoubtedly has to correspond to the content of the demerger plan.

In view of the above, the thesis assuming that it is necessary to apply the provisions of Art. 531 § 5 CCC also to a newly formed company appears to be questionable. As of the moment a newly formed company in formation comes into being, the demerging company shareholders assigned to it in the demerger plan simultaneously obtain the status of its shareholders (similarly: Siemiątkowski and Potrzeszcz, 2011, pp. 200–201), even though at that point it does not have any assets yet (Art. 531 § 1 CCC). It leads to the conclusion that the shareholders of the newly formed company shall vote twice – both as members of the already existing company and the newly formed one in connection with the demerger. The rationale for such a solution seems to be a need to protect the interests of the minority shareholders: should they be able to vote only in the demerging company, they would not be able to block a resolution on a demerger, but could be harmed by it through receiving relatively least attractive assets which would additionally be connected with considerable liabilities. This was pointed out by P. Pinior (Pinior, 2002, pp. 22–23). The already mentioned institution under Art. 541 § 5 CCC does not provide sufficient protection, as it is merely a form of compensation for outcomes of an implemented demerger, but not a way to block it. Although the outlined risk may exist only in case of splitting the shareholders and will not occur when they move to all the successor companies on the pro rata basis, a newly formed company in formation comes to existence on each occasion (due to the lack of a similar danger, it does not appear at all in a company merger process).

It has its direct consequences on the issue of acquiring the rights attached to the shares in the "full-grown" company newly formed for the purposes of the demerger. This will happen at the moment of its entry in the register (this view, although not consistently, is held by Kidyba, 2013, p. 1258; similarly: Rachwał, 2014, p. 1267). At that point it obtains legal personality and becomes the target capital company, in accordance with provisions of Art. 12 CCC.

Therefore, unfounded is the view that the lack of a reference norm referred to in the provisions of Art. 531 § 5 CCC to the newly formed company would lead to ineffectiveness of a demerger with its involvement. It is quite the opposite. Since this matter was not regulated otherwise in the provisions of the section devoted to demergers, it is possible to apply the reference norm under Art. 532 § 1 CCC. While determining the scope of this reference which requires that regulations on formation of the given type of an acquiring or a newly formed company should be applied accordingly to a company demerger, it should also include the provisions of Art. 12 CCC. The reference norm does not use any proper name, but a descriptive form. Thus, it cannot be limited merely to particular units such as Chapter I Section I and Chapter I Section II contained in Title III of CCC, as it is done by some commentators (Pinior, 2013, p. 1250; albeit he points out the necessity to apply Art. 16 CCC; Szumański, 2012, pp. 748–749). It should be applied to all regulations devoted to the formation of the appropriate company, which is always a capital company (Art. 528 § 1, first sentence, CCC), and undoubtedly Art. 12 CCC is such regulation. Referring equally to both types of capital companies, the regulation has been, so to say, "put outside the brackets" within the framework of the general regulations on capital companies, which cannot restrictively affect the scope of reference – provided, of course, that it is not regulated otherwise in the provisions on demerger. Besides, it should be noticed that none of them regulates the moment when a company in formation turns into a newly formed company. In other words, nothing requires that a newly formed company should be recognized as a company in formation also after its entry in the register and until the demerging company is deleted from the register.

The presented view also ensures determination of the moment at which it finally comes to the personal succession. The shareholders of the newly formed company in formation become shareholders of the newly formed company at the moment of its entry in the register. Should these two events be detached, an absurd situation could appear, in which a newly formed company, despite its entry in the register, would not have its personal substrate (this problem will not occur in case of a spin-off, as in fact this date will be the same as the spin-off date – Art. 530 § 2, second sentence, CCC). In this case the links between the individual entries in the register are defined differently than in the case of mergers. While entry of a merger automatically results in deleting the acquired company or companies merging by formation of a new company (Art. 493 § 2 CCC), in the case of a company split-up demerger its deletion from the register requires a separate entry, that is made *ex officio* immediately after registration of an increase in the initial cap-

ital of the acquiring companies or after registration of the new companies (Art. 542 § 2 CCC). As different courts may be competent for making the individual entries, the registration dates may fail to be identical, though there should not be considerable differences between them.

What is more, the provision of Art. 12 CCC introduces the principle of continuation (Strzępka and Zielińska, 2013, p. 62). In this case, it is particularly justified, as a capital company in formation constitutes exclusively an initial stage of its functioning and it always implicitly aims at gaining legal personality. Therefore, similarly as in case of the provision of Art. 531 § 5 CCC, obtaining a shareholder status in a newly formed company occurs (so to say) automatically, also pursuant to Art. 12 CCC. This is dependent solely on the entry in the register. A different matter is the basis for making an entry in the register, which in the case of a demerger is determined autonomously. Pursuant to the provisions of Art. 542 § 3 CCC, an entry is made on the basis of deeds of formation and relevant resolutions, which, *nota bene*, must all be completed before entering any of the newly formed companies, which results from the sequential nature of a demerger (cf. Kidyba, 2013, p. 1325).

Therefore, the thesis commonly accepted in the context of comments to Art. 531 § 5 CCC, saying that in this case it is not necessary to submit any statement on taking up shares by shareholders of the newly formed company, remains valid (Kidyba, 2013, p. 1267; Szumański, 2012, pp. 700, 743–744, 753; compare also Witosz, 2006, p. 5). Also in this situation it takes place *ipso iure*.

However, a separate problem is the precise determination of the directly unregulated mode and time in which the newly formed company originates in the formation phase. One must agree with the view prevailing in the literature that this is the moment of adopting a resolution on demerger by the demerging company (this extorts the proper sequence of passing resolutions on the demerger). It replaces requirements imposed in the primary formation of capital companies (see Szumański, 2012, pp. 901, 917–918; Rodzynkiewicz, 2014, p. 1214; compare also Rachwał, 2014, p. 1297). A different view is presented by T. Siemiątkowski and R. Potrzeszcz, who claim that formation of a company on general basis is necessary (Siemiątkowski and Potrzeszcz, 2011, p. 200 and subsq.), whereas P. Pinior proposes that the moment a newly formed company in formation comes into being is the time of adopting a resolution by the newly formed company shareholders. The last view is incoherent, because it is intrinsically contradictory: if the provision of Art. 541 § 2 CCC stipulates that the resolution is adopted by shareholders of the newly formed company in formation, it must be already in

existence, and cannot come into being as a result of a resolution taken by an entity that not only does not exist, but also is to be set up on that basis (Pinior, 2013, pp. 1264–1265; this view was inconsistently accepted by Szumański, 2012, p. 828).

Biographical reference:

Author is an advocate of the Wielkopolska Bar Association. He completed his doctoral studies in law at the Faculty of Law and Administration at the Adam Mickiewicz University in Poznań.

References

Jasińska, M. (2003). *Podział spółek kapitałowych. Art. 528–550 ksh. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Kidyba, A. (2013). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz LEX. Tom II. Komentarz do art. 301–633 k.s.h.* Warszawa: Wolters Kluwer.

Litwińska-Werner, M. (2007). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Pinior P. (2002). Podział spółki kapitałowej przez wydzielenie majątku. *Prawo Spółek*, 5, 16–26.

Pinior, P. (ed.) (2013). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Popiołek, W. (2002). Podział spółki kapitałowej przez wydzielenie – zagadnienia wybrane. *Przegląd Prawa Handlowego*, 2, 1–11.

Rachwał, A. (2014). In: J. Bieniak, M. Bieniak, G. Nita-Jagielski, K. Oplustil, R. Pabis, A. Rachwał, M. Spyra, G. Suliński, M. Tofel, R. Zawłocki, *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Rodzynkiewicz, M. (2014). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis Polska.

Siemiątkowski, T., Potrzeszcz, R. (ed.) (2011). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz. T. 4. Tytuł IV – łączenie, podział i przekształcanie spółek, tytuł V – przepisy karne, tytuł VI – zmiany w przepisach obowiązujących, przepisy przejściowe i przepisy końcowe*. Warszawa: LexisNexis Polska.

Strzępka, J.A., Zielińska, E. (ed.) (2013). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. Warszawa: C.H. Beck.

Szumański, A. (2012). In: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, A. Szumański, J. Szwaja, *Kodeks Spółek Handlowych, Tom IV, Łączenie, podział i przekształcanie spółek. Przepisy karne. Komentarz do artykułów 491–633*. Warszawa: C.H. Beck.

Szumański, A. (2002). Podział spółki w świetle kodeksu spółek handlowych. *Prawo Spółek*, 1, 2–14.

Witosz, A. (2006). Częściowa sukcesja uniwersalna w podziale spółek kapitałowych i jej konsekwencje. *Prawo Spółek*, 5, 2–9.

Witosz, A. (2004). Prawo wspólnika lub akcjonariusza do nieuczestniczenia w spółce zrestrukturyzowanej. *Prawo Spółek*, 6, 8–15.

Witosz, A. (ed.) (2001). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz z orzecznictwem*. Warszawa: C.H. Beck.

Uczestnictwo wspólników spółki dzielonej w spółkach przejmujących lub nowo zawiązanych – sukcesja personalna

Streszczenie

Artykuł poświęcony jest tematyce sukcesji personalnej przy podziale spółki kapitałowej. W centrum rozważań znalazły się same zasady uczestnictwa wspólników spółki dzielonej w spółkach sukcesorkach. Do tych ostatnich w następstwie podziału nie mogą przystąpić inne osoby. Jak się wydaje, należy przyjąć, że oprócz powszechnie akceptowanych zasad proporcjonalnego uczestniczenia we wszystkich spółkach przejmujących lub nowo zawiązanych oraz rozdziału podmiotowego, istnieje także możliwość ich współistnienia w jednym procesie. Pomimo szerokiej swobody, przyjęte zasady sukcesji personalnej mogą stanowić podstawę zaskarżenia uchwały o podziale. Inną formą ochrony wspólników jest prawo żądania wykupu akcji lub udziałów w razie mniej korzystnych warunków w spółce sukcesorce. W opracowaniu weryfikacji poddany został zakres zastosowania przepisu art. 531 § 5 k.s.h., który ogranicza się do spółki przejmującej. Nie obejmuje zaś spółki nowo zawiązanej, gdyż występuje ona w podziale także w fazie organizacji. Jego rolę pełni przepis art. 12 k.s.h.

Słowa kluczowe: podział, spółka dzielona, spółka nowo zawiązana, spółka przejmująca, sukcesja personalna, wspólnik/akcjonariusz.

IZABELA HASIŃSKA

Dopuszczalność zmian podmiotowych w ramach stosunku spółki cywilnej

Permissibility of personal transformations in a civil-law partnership

Streszczenie

W ramach spółki cywilnej nie można nawiązać stosunku członkostwa w ścisłym rozumieniu tego terminu. Członkostwo dotyczy uczestnictwa w jakimś podmiocie, wyodrębnionej jednostce, czyli w określonym indywidualnym bycie. „Spółka" nie jest podmiotem różnym od tworzących ją wspólników, a zatem przy ustaleniu, że spółka cywilna jest stosunkiem obligacyjnym szczególnego rodzaju, używanie pojęcia „członkostwo" stanowi pewne terminologiczne ułatwienie. Konsekwencją zajętego stanowiska jest także wniosek o niezbywalności „udziału", czyli zespołu praw i obowiązków wspólnika związanych z uczestnictwem w spółce cywilnej i wyznaczających treść stosunku prawnego „członkostwa".

Słowa kluczowe: spółka cywilna, stosunek prawny, członkostwo a udział, wspólnicy, wspólny majątek.

1. Wstęp

Brak woli ustawodawcy w wyodrębnieniu spółki cywilnej od grona wspólników jest niezmienny już od czasu obowiązywania Kodeksu zobowiązań. Spółka cywilna nie jest podmiotem nieosobowym, ponieważ nie ma

„własnej" zdolności prawnej, status podmiotowy jednostek regulowanych przez art. 33^1 k.c. musi być wyznaczony przez treść obowiązujących norm prawnych. Ustawodawca używa określenia „spółka" dla określenia pewnych działań wspólników, determinowanych faktem istnienia ich wspólnego majątku, co nie oznacza jednak przyjęcia koncepcji podmiotowości prawnej tego stosunku.

2. „Członkostwo" a udział

Współdziałanie w ramach spółki cywilnej podejmowane jest poprzez oznaczone osoby i zachodzi wyłącznie pomiędzy nimi (Koch, 2006, s. 246). Osobisty stosunek łączący wspólników, wzajemne zaufanie i cechy konkretnych wspólników są nośnikami konstrukcyjnymi struktury spółki. Zgodne dążenie wspólników do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego i bezudziałowy charakter wspólnego majątku wspólników stanowią podstawę zasady o niezmienności składu osobowego spółki cywilnej (Grzybowski, 1976, s. 805). Pomimo braku ustawowej definicji wspólnika obecnie zgodnie przyjmuje się, że może nim być w zasadzie każdy, kto jest osobą fizyczną, prawną lub jednostką organizacyjną niebędącą osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną, w szczególności handlowa spółka osobowa (Jacyszyn, 1994, s. 138). Wspólnik, podejmując współdziałanie w ramach spółki, staje się jednocześnie uczestnikiem wspólnego przedsięwzięcia.

Już w tym momencie należy zaznaczyć, iż ilekroć w niniejszym opracowaniu występuje termin „członkostwo" w spółce cywilnej, to stanowi jedynie pewne uproszczenie myślowe. Nie można nabyć członkostwa w spółce cywilnej w ścisłym rozumieniu tego pojęcia. Członkostwo dotyczy uczestnictwa w określonej strukturze, jednostce, podmiocie. Wobec tego czyim bądź czego „członkiem" mógłby być wspólnik spółki cywilnej? Uzyskanie statusu wspólnika w spółce cywilnej związane jest z uczestnictwem w gromadzonym wspólnym majątku. Każdy ze wspólników nabywa „całość członkostwa", a precyzyjnie: ogół praw i obowiązków związanych z uczestnictwem w spółce cywilnej.

W tej części doktryny, która uważa spółkę cywilną za pewnego rodzaju jednostkę organizacyjną, członkostwo definiowane jest jako element złożonego, wielostronnego stosunku prawnego spółki, wyodrębniony na podstawie kryterium podmiotowego. Jako synonim pojęcia członkostwa traktuje się „ogół praw i obowiązków wspólnika" (Herbet, 2008, s. 267–268).

Obecnie obowiązujący podział klasyfikuje ogół praw i obowiązków związanych z uczestnictwem w spółce na prawa korporacyjne i majątkowe. W doktrynie wyrażono pogląd, iż na gruncie formułowanych definicji praw

majątkowych trudno jest uznać za prawa niemajątkowe prawa korporacyjne, służące z reguły ochronie interesów gospodarczych (Herbet, 2008, s. 272; za: Sołtysiński, 1996, s. 120).

Uczestnictwo w spółce cywilnej ma, co do zasady, charakter majątkowy. W zakresie majątkowego uczestnictwa w spółce podkreślić należy, że chodzi tutaj o prawo ,,członkowskie" jako sumę praw wspólniczych, które muszą być ujmowane łącznie, nie zaś o poszczególne prawa, które są różnie kwalifikowane (Naworski, 2008, s. 235). Prawa majątkowe realizują interes ekonomiczny uprawnionego (Pyziak-Szafnicka, 2006, s. 64). W ramach spółki cywilnej motywem działania wspólników jest kolektywne osiągnięcie celu gospodarczego, który może mieć charakter zarówno zarobkowy (zysk), jak i niezarobkowy (np. zaoszczędzenie na kosztach). Cel gospodarczy polega w swojej istocie na dążeniu do osiągnięcia skonkretyzowanej korzyści i w tym rozumieniu jest on policzalny w jednostkach pieniężnych (Rudnicki, 2001, s. 97). Na gruncie spółki cywilnej majątkowy charakter ,,członkostwa" musi być rozpatrywany na tle osobowego charakteru spółki cywilnej, jako prawo zespolone z osobą wspólnika. Powstaje dorozumiany splot elementu osobistego z elementem majątkowym (Jędrzejewska, 1994b, s. 14). Dopuszczalność zbycia ,,członkostwa" w spółce cywilnej jest przedmiotem otwartego sporu w doktrynie.

Ustawodawca w regulacji spółki cywilnej posługuje się także pojęciem ,,udziału", nie precyzuje jednak bliżej znaczenia tego terminu: w art. 863 § 1 k.c. formułuje zakaz rozporządzania udziałem we wspólnym majątku wspólników i w poszczególnych składnikach tego majątku; w art. 863 § 3 k.c. w stosunku do wierzyciela wspólnika określa zakaz żądania zaspokojenia z udziału wspólnika we wspólnym majątku oraz w poszczególnych składnikach tego majątku w czasie trwania spółki; w art. 867 k.c. reguluje udział w zyskach i w stratach; w art. 869 i 870 k.c. dopuszcza wypowiedzenie udziału przez wspólnika i przez wierzyciela osobistego wspólnika.

Jednym z powodów braku ustawowej definicji ,,udziału" w spółce cywilnej może być zamysł o nieutożsamianiu go z udziałem w spółce kapitałowej. W doktrynie zaznaczono, że ,,udział spółkowy" to niezupełnie trafne uproszczenie określające ogół praw i obowiązków wspólnika stanowiących treść stosunku jego uczestnictwa w spółce, czyli pewnego rodzaju odpowiednik ujęcia udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością lub akcji jako prawa podmiotowego (Naworski, 2001, s. 162).

W teorii konstruowane są różne definicje ,,udziału" w spółce cywilnej. Na gruncie art. 863 k.c. wyrażono pogląd, że przez udział należy rozumieć nie udział wspólnika w samym zysku, lecz w globalnej wartości całego wspólnego majątku wspólników; chodzi więc o prawo przysługujące wspólnikowi w stosunku do całości wspólnego majątku, a którego rozmiary

będą sprecyzowane w chwili rozwiązania spółki, natomiast określenie tych udziałów następuje według zasad partycypacji w zyskach (Stecki, 1989, s. 782). Inna definicja wskazuje, że ,,udział" to całokształt praw majątkowych wspólnika, który składa się z czterech części: a) niezbywalnego prawa do części majątku spółki, b) prawa do zwrotu wydatków w razie ustania stosunku spółki, c) prawa do części zysku, d) ewentualnych roszczeń do spółki o zwrot kosztów lub roszczeń regresowych (Wiśniewski, 1992, s. 90–91).

Celem uniknięcia tak zróżnicowania pojęciowego na gruncie regulacji spółki cywilnej, jak i polemiki z wolą ustawodawcy, zasadne jest określenie ,,udziału" jako zespołu praw i obowiązków wspólnika związanych z uczestnictwem w spółce i wyznaczających treść stosunku prawnego członkostwa. W konsekwencji brak jest normatywnych podstaw dla zbycia ,,udziału" w spółce w oderwaniu od zbycia samego ,,członkostwa", a zatem prawo do udziału w spółce cywilnej i do członkostwa w takiej spółce nie mogą być używane zamiennie.

3. Spór o dopuszczalność zbycia ,,członkostwa" w spółce cywilnej

Przedmiotem otwartego sporu tak w doktrynie, jak i w praktyce jest dopuszczalność zbycia ,,członkostwa" w spółce cywilnej. Możliwość translatywnego przeniesienia członkostwa w drodze czynności prawnej *inter vivos*, za zgodą pozostałych wspólników, została uznana zarówno przez doktrynę niemiecką, jak i austriacką (Herbet, 2008, s. 493). Francuski kodeks cywilny daje wspólnikom cywilnym pełne prawo do zbywania udziałów w spółce cywilnej w art. 1861–1868, jednakże francuska spółka cywilna ma podmiotowość prawną.

Polski Kodeks zobowiązań konstruował zakaz rozporządzania określonymi prawami związanymi z uczestnictwem w spółce cywilnej. Stosownie do literalnego brzmienia art. 565 § 1 i 2 k.z. w stosunku do spółki wspólnikowi nie wolno było rozporządzać prawami służącymi mu z tytułu należenia do niej, z wyjątkiem praw do świadczeń w pieniądzach lub innych rzeczach przypadających mu w czasie trwania spółki jako udział w zyskach, zwrotu wydatków, wynagrodzenia za prowadzenie spraw, oraz praw z tytułu podziału majątku po ustąpieniu wspólnika lub rozwiązaniu spółki. W sytuacji, gdy wspólnik przyjął sobie wspólnika lub ustąpił osobie trzeciej w całości lub w części prawa służące mu z tytułu należenia do spółki, kodeks przewidywał, iż ani jego wspólnik, ani osoba trzecia nie uzyskiwały charakteru wspólnika w stosunku do spółki, a w szczególności osoby te nie mogły zasięgać wiadomości o stanie jej interesów.

Przedstawiciele teorii i praktyki międzywojennej co do zasady jednogłośnie popierali zakaz rozporządzania wymienionymi w przepisie prawami (Longchamps de Berier, 1948, s. 591; Korzonek i Rosenblüth, 1934, s. 1148–1150; Domański, 1938, s. 597–600). W uzasadnieniu swoich stanowisk wskazywali, iż prawa wspólników są ściśle związane z obowiązkami, których osoby trzecie nie mogłyby wykonywać, a wspólnik, który ustąpił swoje prawa do spółki, mógłby również nie mieć interesu w wykonaniu swoich obowiązków względem spółki z chwilą ustąpienia swych praw osobie trzeciej. Ponadto, niektóre obowiązki wspólników względem spółki mają charakter ściśle osobisty, albowiem oparte są na wzajemnym zaufaniu wspólników. Majątek spółki stanowi łączną i niepodzielną współwłasność wszystkich wspólników, która nie może być dzielona w czasie trwania spółki bez zgody wszystkich wspólników. Argumenty wywodzono także z zasady łączności praw i wynikającego stąd zakazu przenoszenia lub obciążania praw tak osobistych, jak i majątkowych.

Kodeks cywilny konstruuje generalny zakaz rozporządzania udziałem. Zgodnie z art. 863 § 1 k.c. wspólnik nie może rozporządzać udziałem we wspólnym majątku wspólników, ani też w poszczególnych składnikach tego majątku. Jednakże różnorodność interpretacyjna woli ustawodawcy podzieliła tak doktrynę, jak i orzecznictwo. W opinii S. Grzybowskiego zmiana składu osobowego spółki cywilnej na gruncie art. 863 § 1 k.c. jest dopuszczalna poprzez przyjęcie nowego wspólnika w drodze zmiany umowy spółki albo poprzez wstąpienie nowego wspólnika w miejsce dotychczasowego za zgodą pozostałych wspólników (Grzybowski, 1976, s. 805). Jeżeli nie ma zgody pozostałych wspólników na takie wstąpienie, wówczas umowa o przeniesienie udziału jest ważna, ale tylko w układzie: wspólnik a jego kontrahent, jako tzw. ,,umowa podspółki". Dopuszczalność przeniesienia udziału za zgodą innych wspólników wskazuje na to, że przepis art. 863 § 1 k.c., zgodnie z powszechnym znaczeniem użytym w nim słów, zawiera tylko zakaz rozporządzenia swym udziałem, ale nie statuuje prawnej niemożliwości przeniesienia udziału.

Zdaniem A. Jędrzejewskiej uznanie, że członkostwo w spółkach osobowych jest niezbywalne, skutkuje istotnym ograniczeniem sytuacji prawnej wspólnika na tle sytuacji wspólnika w spółce kapitałowej (Jędrzejewska, 1994a, s. 17). Przy czym autorka dopuszcza możliwość translatywnego przeniesienia członkostwa tylko w spółkach zewnętrznych prowadzących przedsiębiorstwo, albowiem w tego typu spółce powstaje zorganizowana jedność składająca się ze wszystkich wspólników, a spółka przestaje być wyłącznie umową. Stosunek członkostwa ,,odrywa się" więc od umowy, łączy wspólników ze spółką i z chwilą ,,oderwania" członkostwo może stanowić przedmiot zbycia. Brak odpowiednich regulacji ustawowych, zdaniem autorki,

umożliwia zbycie członkostwa w drodze umowy między dotychczasowym a nowym wspólnikiem, za zgodą pozostałych wspólników. Do przejścia członkostwa nie jest zatem potrzebna zmiana umowy spółki. Pierwotna umowa pełni funkcję organizującą w stosunku do stworzonej na jej podstawie spółki, a z chwilą utworzenia spółka staje się odrębnym podmiotem. W wyniku zbycia członkostwa roszczenia wymagalne zasadniczo nie przechodzą na nabywcę, natomiast przechodzą zawsze roszczenia przyszłe, np. o wypłatę przyszłych zysków. Związane z członkostwem zobowiązania wspólnika przechodzą na nabywcę, z tym zastrzeżeniem, że pozostali wspólnicy mogą zdecydować o zbyciu członkostwa bez tych zobowiązań. Co do spółek będących wyłącznie stosunkiem zobowiązaniowym między wspólnikami, zmiana członkostwa jest dopuszczalna wyłącznie poprzez wystąpienie wspólnika i przyjęcie przez pozostałych wspólników nowego wspólnika w drodze zawarcia z nim umowy, czyli w sposób konstytutywny. Autorka uważa, że art. 863 § 1 k.c. jest przepisem bezwzględnie obowiązującym w tym sensie, że zabrania on wspólnikowi rozporządzenia udziałem bez jednoczesnego wyzbycia się członkostwa. Przepis ten ma na celu zapobieżeniu sytuacji, w której inny podmiot posiadałby członkostwo, a inny byłby dysponentem majątku spółki, więc chroni on założenia konstrukcyjne spółki jako grupy osób powiązanych między sobą niepodzielnym majątkiem. W konsekwencji, udział we współwłasności łącznej jest bez członkostwa w spółce niezbywalny.

Także Sąd Najwyższy nie rozwiązał w sposób definitywny spornej kwestii. W orzeczeniu z dnia 21 listopada 1995 r., III CZP 160/95 (OSNC 1996, z. 3, poz. 33), stwierdził, że dopuszczalne jest wstąpienie do spółki cywilnej nowego wspólnika i przejęcie przez niego dotychczasowych zobowiązań oraz uprawnień za zgodą pozostałych wspólników, w tym jednocześnie ustępujących z tej spółki. Stan faktyczny sprawy dotyczył sytuacji, w której czterej wspólnicy spółki cywilnej zawarli ,,porozumienie", na mocy którego trzech z nich miało wystąpić ze spółki, pod warunkiem, że czwarty z nich wraz z nowym wspólnikiem przejmą aktywa i pasywa spółki oraz wystąpią do jej wierzycieli o wyrażenie zgody na przejęcie jej zadłużenia, ustępujący zaś zrzekną się wszelkich praw do majątku i ewentualnych należności tej spółki. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, iż w takiej sytuacji doszło do wstąpienia nowego wspólnika do spółki z równoczesnym wystąpieniem trzech dotychczasowych jej wspólników i przekazaniem przez nich swoich udziałów pozostającym w spółce, którzy przejęli dotychczasowe aktywa i pasywa w spółce, z jednoczesnym poinformowaniem wierzycieli spółki. W opinii Sądu Najwyższego zakaz rozporządzania udziałem określony w art. 863 § 1 k.c. dotyczył tylko okresu istnienia samej spółki lub uczestnictwa w niej danego wspólnika, a zatem występujący wspólnik mógł rozpo-

rządzić swoimi prawami w chwili wystąpienia z niej. Dopuszczalne było również, aby nowy wspólnik, wstępując w prawa dotychczasowych, a występujących ze spółki wspólników, równocześnie zobowiązał się w zamian do pokrycia nie tylko przyszłych zobowiązań spółki, ale i istniejących. Poza zakresem wywodu pozostała kwestia skuteczności wobec wierzycieli zwolnienia się występujących wspólników ze zobowiązań spółki z okresu swojego w niej udziału.

Na gruncie niniejszej uchwały rozważenia wymagała kwestia zakresu kontynuacji statusu zbywcy członkostwa przez jego nabywcę, głównie w zakresie zobowiązań spółki. Zdaniem J. Naworskiego, który dopuszczał możliwość translatywnego przeniesienia członkostwa, uzasadnione na tle takiej sytuacji jest zastosowanie konstrukcji kumulatywnego przystąpienia do długu (Naworski, 1996, s. 32). Nabywca członkostwa przystępuje do długu jako dłużnik solidarny, dług staje się jego własnym zobowiązaniem, a zbywca pozostaje nadal zobowiązany wobec wierzycieli. Umowne przystąpienie do długu może nastąpić bądź poprzez umowę między wierzycielem i nowym dłużnikiem, bądź poprzez umowę między dawnym a nowym dłużnikiem, przy czym zgoda wierzyciela lub dłużnika nie jest wymagana, bo nie występuje obawa naruszenia interesu osoby trzeciej niebiorącej udziału w transakcji. Zdaniem autora, optymalne jest przyjęcie umowy pomiędzy dotychczasowym a nowym dłużnikiem, jako że takie rozwiązanie ma same zalety. Do zalet tych autor zalicza: brak konieczności zgody wierzyciela na łączne przejęcie długu; uzyskanie przez wierzyciela dodatkowej gwarancji zaspokojenia wierzytelności w osobie nabywcy; brak obowiązku wskazania osoby trzeciej już w chwili zawarcia umowy, albowiem z uwagi na dyspozytywny charakter 393 k.c. określenie wierzyciela nie musi polegać na jego imiennej konkretyzacji; brak formy szczególnej dla kumulatywnego przystąpienia do długu umożliwia wkomponowanie jej konstrukcji w umowę przeniesienia członkostwa; dopuszczalność wzbogacenia kumulatywnego przystąpienia do długu o zastrzeżenie z art. 392 k.c., czyli o konstrukcję umowy o zwolnienie zbywcy członkostwa z obowiązku świadczenia na rzecz wierzyciela, wówczas nabywca członkostwa jest odpowiedzialny wobec zbywcy za to, że wierzyciel nie będzie od niego żądał spełnienia świadczenia.

Natomiast przeciwnicy przenoszenia uczestnictwa w spółce cywilnej podnoszą, że ustawodawca narzucił pewien normatywny model współdziałania w ramach spółki cywilnej, a pewna dyspozytywność dotyczy tylko sfery wewnętrznej i nie obejmuje samej konstrukcji spółki (Litwińska, 1996, s. 32; Jurga, 1996, s. 15; Górecki, 2000, s. 38). Zawarcie umowy spółki cywilnej może skutkować powstaniem pewnej więzi o charakterze organizacyjnym, albowiem wynika to niejako z istoty tego stosunku zobowiązaniowe-

go, którego podstawą jest wspólność celu. Ten wspólny cel gospodarczy determinuje charakter prawny zawieranej umowy, jest on celem określonych wspólników i wyznacza im zakres działania. Cechą charakterystyczną spółki cywilnej jest także nierozerwalność statusu wspólnika i posiadania przymiotu strony umowy spółki. Ustawodawca bezdyskusyjnie nadał wspólnemu majątkowi wspólników charakter wspólności łącznej, a niezbędnym warunkiem jego powstania jest istnienie innego stosunku osobistego, względem którego ten specyficzny stosunek prawno-rzeczowy spełnia rolę służebną, akcesoryjną. Spółka nie ma żadnych własnych praw do tego majątku, prawa takie przysługują wspólnikom, a ich materializacja następuje z chwilą wystąpienia wspólnika lub rozwiązania spółki.

Uprawnienia o charakterze majątkowym są nierozerwalnie związane z prawami korporacyjnymi. Zakaz rozporządzania udziałem dotyczy okresu istnienia stosunku spółki, natomiast rezygnacja z uczestnictwa w stosunku spółki obliguje do rozliczenia się z występującym wspólnikiem. Zatem taki wspólnik, wobec realizacji ustawowego nakazu rozliczenia, nie ma możliwości rozporządzenia prawami ,,udziałowymi". W czasie działalności spółki wspólnikowi wolno rozporządzać tylko pewnymi wierzytelnościami przysługującymi mu z tytułu należenia do niej, np. prawem do udziału w zyskach, o ile w czasie trwania spółki zysk może być podzielony.

Tezę o stałości składu osobowego w ramach tej samej umowy wzmacnia obowiązek dokonania wypowiedzenia zarówno przez wspólnika wypowiadającego stosunek spółki, jak i przez wierzyciela osobistego wspólnika. Czynność wypowiedzenia wskazuje na nierozerwalność więzi osobistej i majątkowej w spółce oraz na związek pomiędzy umową spółki a posiadaniem statusu wspólnika.

4. Zakaz translatywnego nabywania uczestnictwa

Przyjmując za podstawę rozważań całokształt uregulowania spółki w Kodeksie cywilnym, mocniejsze uzasadnienie normatywne znajduje stanowisko przeciwników dopuszczalności rozporządzania uczestnictwem w spółce cywilnej. Ustawodawca przyjął określony model spółki cywilnej, który powinien odpowiadać określonym jej cechom konstytutywnym. Swoboda stron w optymalnym dopasowywaniu tego stosunku prawnego nie może wykraczać poza wytyczone granice regulacji, niejako chroniące ustawową istotę spółki. Stosunek spółki cywilnej jest zawiązywany pomiędzy określonymi podmiotami, których naczelnym zobowiązaniem jest realizacja oznaczonego celu właśnie tych osób, które gromadzą wspólny majątek

i podejmują zespół działań prowadzących do określonej finalizacji. Ustawodawca, regulując określone struktury, nadaje im zespół wyróżniających je cech, których założeniem jest wskazanie na istotę danego stosunku prawnego. Podmioty, decydujące o wyborze takiej a nie innej struktury, akceptują jednocześnie jej nienaruszalne podstawy konstrukcyjne. W spółkach kapitałowych będących osobami prawnymi członkostwo istnieje niezależnie od umowy spółki i z natury swej jest zbywalne (Ciszewski, 2000, s. 66).

Konstytutywne nabycie uczestnictwa w spółce, wobec braku wyraźnego sprzeciwu ustawodawcy, należy uznać za dopuszczalne, albowiem przyjęcie nowego wspólnika skutkuje zmianą pierwotnej umowy spółki, zawierana jest umowa pomiędzy nowym wspólnikiem, a dotychczasowymi wspólnikami i w takim przypadku zasadne jest zastosowanie konstrukcji kumulatywnego przystąpienia do długu. Natomiast translatywne nabycie uczestnictwa w spółce cywilnej poprzez samo zawarcie umowy pomiędzy nowym a dotychczasowym wspólnikiem nawet za zgodą pozostałych, budzi wątpliwości. W tej sytuacji nie następuje zmiana umowy spółki, a nabywca jest kontynuatorem praw i obowiązków dotychczasowego wspólnika, co nie znajduje normatywnego uzasadnienia. Porównując tę sytuację do wstąpienia na miejsce zmarłego wspólnika jego spadkobierców, to kontynuacja umowy spółki przez dotychczasowych wspólników i spadkobierców zmarłego ma uzasadnienie zarówno w art. 872 k.c., jak i w umownym postanowieniu dopuszczającym takie wstąpienie. Z drugiej strony, uznanie możliwości wykluczenia wspólnika nie powoduje naruszenia przepisów bezwzględnie obowiązujących. Nie istnieje ani wyraźny, ani dorozumiany zakaz wyłączający możliwość wykluczenia wspólnika. Wykluczenie może stanowić także wsparcie dla osiągnięcia naczelnego zobowiązania wspólników. Wykluczany jest wspólnik, który z uwagi na swoje określone zachowanie lub jego brak uniemożliwia realizację celu. Takiego wnioskowania nie można przeprowadzić dla uzasadnienia translatywnego zbycia uczestnictwa. W art. 863 § 1 k.c. ustawodawca określa bezwzględny zakaz rozporządzania udziałem. W opinii zwolenników przenoszenia ,,członkostwa" w spółce cywilnej jest to przepis bezwzględnie wiążący w tym sensie, że zabrania on wspólnikowi rozporządzać udziałem bez jednoczesnego wyzbycia się członkostwa. W polskim systemie prawnym normy bezwzględnie wiążące nie są przedmiotem swobodnej, sytuacyjnej interpretacji. Rygor *iuris cogentis* wyłącza możliwość odmiennego zachowania. W innym sensie byłaby wówczas możliwa interpretacja, że skoro ustawodawca zakazuje rozporządzania udziałem, to tym bardziej zakazuje rozporządzania ,,członkostwem". Racjonalne tworzenie i stosowanie prawa zakłada jednak, że prawodawca ma pełną i spójną wiedzę o fragmencie rzeczywistości, który ma być poddany regulacji prawnej (Redelbach, 1998, s. 143).

Dla porównania, w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością brak jest analogicznej normy zakazującej rozporządzania udziałem. Zbywalność udziału jest cechą charakterystyczną spółek kapitałowych, wynika z ich normatywnej natury. Jednocześnie, pomimo zaliczania do udziału również obowiązków, jest on traktowany jako synonim prawa podmiotowego wspólnika, prawa członkostwa czy prawa uczestnictwa w spółce. Jednakże, w tym sensie, odróżnić należy członkostwo jako stosunek prawny wspólnika ze spółką – od udziału, który jest tylko elementem treści stosunku członkostwa. Członkostwo obejmuje więc prawa i obowiązki, zaś udział jest to prawo podmiotowe wspólnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością złożone tylko z uprawnień. Obowiązki są konsekwencją stosunku członkostwa, mają w odniesieniu do udziału charakter akcesoryjny.

W spółce cywilnej wypowiedzenie udziału (art. 869 k.c.) po upływie określonego terminu skutkuje ustaniem uczestnictwa w spółce. Udział oznacza więc uczestnictwo w stosunku spółki realizowane poprzez zespół powiązanych ze sobą praw i obowiązków wynikających z umowy spółki, także w partycypacji w utworzonym majątku. Wspólnik, wypowiadając swój udział, unicestwia równocześnie ten podstawowy stosunek spółki, który łączył go z pozostałymi wspólnikami. W istocie ma miejsce wypowiedzenie uczestnictwa, a nie tylko udziału we wspólnym majątku wspólników (Stępień, 2006, s. 76). Udział w majątku spółki nie może istnieć bez uczestnictwa w spółce cywilnej. W konsekwencji wątpliwe jest budowanie koncepcji zakładających rozporządzenie udziałem jako określonym pakietem praw i obowiązków tak oderwanym od obligacyjnego stosunku spółki, jak i od osoby wspólnika (Litwińska, 1996, s. 33). Stosunek spółki cywilnej nie jest odrębnym od wspólników bytem prawnym.

Nie są także usankcjonowane pewne typy spółki cywilnej. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej jednoznacznie przesądziła o statusie przedsiębiorcy, nadając go wspólnikom spółki cywilnej, natomiast art. 33^1 § 1 k.c. potwierdził brak zdolności prawnej spółki cywilnej. Zatem bezprzedmiotowa jest argumentacja, że w tzw. spółce wewnętrznej nie jest dopuszczalne translatywne zbycie uczestnictwa, gdyż jest ona wyłącznie stosunkiem zobowiązaniowym pomiędzy wspólnikami, a jest możliwie w spółce zewnętrznej prowadzącej przedsiębiorstwo. Nawet jeżeli w ramach stosunku spółki jest prowadzona działalność gospodarcza w formie przedsiębiorstwa, to jest to działalność samych wspólników, a jej warunki zapisane są w umowie. W spółce kapitałowej stosunek członkostwa istnieje w relacji wspólnik – spółka, w spółce cywilnej funkcjonuje on wyłącznie pomiędzy wspólnikami.

Kolejną wątpliwość implikuje konieczność wyrażenia zgody dla zbycia uczestnictwa przez pozostałych wspólników (Naworski, 1996, s. 35). Jeżeli

bowiem na mocy przepisów ustawy dane prawo jest zbywalne, to nie można przez czynność prawną wyłączyć ani ograniczyć uprawnienia do przeniesienia, obciążenia, zmiany lub zniesienia prawa (art. 57 § 1 k.c.). Ponadto, zamysł ustawodawcy wyrażony w art. 863 k.c. można uznać za jednoznaczny, dokonując porównania z przepisami, które przeniesienie praw i obowiązków wyraźnie dopuszczają. W stosunku do handlowych spółek osobowych taką regulacją jest przepis art. 10 k.s.h., umożliwiający przeniesienie ogółu praw i obowiązków wspólnika spółki osobowej na inną osobę wówczas, gdy umowa spółki tak stanowi. W braku odmiennych postanowień umowy wymagana jest pisemna zgoda wszystkich pozostałych wspólników, a za zobowiązania występującego wspólnika związane z uczestnictwem w spółce osobowej i zobowiązania tej spółki osobowej odpowiadają solidarnie występujący wspólnik oraz wspólnik przystępujący do spółki. W przepisie tego artykułu ustawodawca wyraził dopuszczalność przeniesienia, warunki przeniesienia oraz zasady odpowiedzialności za zobowiązania. Podkreślenia wymaga także sformułowanie ,,ogół praw i obowiązków wspólnika spółki osobowej". Podobne wnioski wynikają z analizy art. 55^2 k.c., zgodnie z którym czynność prawna mająca za przedmiot przedsiębiorstwo obejmuje wszystko, co wchodzi w skład przedsiębiorstwa, chyba że co innego wynika z treści czynności prawnej albo z przepisów szczególnych. Dyspozytywność wskazanych przepisów w zestawieniu z jednoczesnym wyraźnym ich brzmieniem zezwala na pewną swobodę w dokonaniu wyznaczonych czynności.

Na marginesie zasadniczych rozważań należy wspomnieć, iż zazwyczaj prawa zbywalne są jednocześnie prawami dziedzicznymi, a prawa niezbywalne nie podlegają dziedziczeniu. Przez dziedziczność prawa należy rozumieć to, że po śmierci osoby uprawnionej na mocy ustawy lub testamentu przechodzi ono na określone inne podmioty i następuje zmiana podmiotu prawa poprzez dziedziczenie (Pyziak-Szafnicka, 2006, s. 76). Dziedziczenie definiowane jest jako przejście ogółu praw i obowiązków osoby zmarłej na jedną lub kilka osób, a krąg takich osób wyznacza przy dziedziczeniu testamentowym wola spadkodawcy, przy dziedziczeniu ustawowym wola ustawodawcy. Prawo polskie nie zna innego tytułu do dziedziczenia niż testament i ustawa. Nie jest również przewidziana taka podstawa powołania do całości lub części spadku jak umowa czy uchwała (Gwiazdomorski, 1985, s. 54). W literaturze brak jest zgody w przedmiocie dziedziczności udziału spółkowego w spółkach osobowych. Niektórzy twierdzą, że udział spółkowy w spółkach osobowych jest dziedziczny (Jokiel, 2005, s. 179; Jędrzejewska, 1996, s. 513–514), inni, że nie podlega dziedziczeniu (Naworski, 2006, s. 57; Szczotka, 2003, s. 124). Sformułowany został także pogląd, zgodnie z którym udział spółkowy jest względnie

niedziedziczny, tj. niedziedziczny, ale włączalny do spadku (Kremis, 2004, s. 773–775). Według przepisów normujących ustrój spółek osobowych, tj. art. 60 § 1 k.s.h, 89 k.s.h., 101 k.s.h., 124 k.s.h. i art. 872 k.c., w umowie spółki można zastrzec, że w razie śmierci wspólnika na miejsce zmarłego wejdą do spółki jego spadkobiercy. W sytuacji spółki cywilnej, spółki jawnej, spółki partnerskiej, spółki komandytowej (ale tu tylko co do komplementariusza) i komandytowo-akcyjnej (ale tu tylko co do komplementariusza, który nie jest ostatnim, jaki pozostał w spółce) wejście spadkobierców w miejsce zmarłego wspólnika do spółki miałoby być następstwem postanowień zawartych w umowie spółki (art. 872 k.c., 60 § 1 k.s.h., 101 k.s.h., 124 k.s.h.), statucie (art. 148 § 1 pkt 4 k.s.h.) lub umowie czy uchwale podjętej za życia zmarłego wspólnika (art. 872 k.c.; Pietrzykowski, 2003, s. 750). Skoro więc źródła objęcia praw i obowiązków w spółce nie stanowi ani testament, ani ustawa, to nie dochodzi do dziedziczenia ,,udziału spółkowego". W konsekwencji udział spółkowy w spółce osobowej nie jest dziedziczny, bo nie wchodzi w skład spadku. Nie przechodzi na spadkobiercę ani na podstawie ustawy, ani testamentu, tylko na mocy przepisów regulujących ustrój danej spółki osobowej lub jej umowy. Skoro zaś udział spółkowy nie jest prawem zbywalnym i dziedzicznym, to nie może zostać uznany za prawo przenoszalne. Dopuszczalność zbycia prawa określona w wyżej omówionym art. 10 k.s.h. stanowi wyjątek od zasady o jego niezbywalności.

Za brakiem akceptacji translatywnego nabywania uczestnictwa przemawia także porównanie regulacji polskiego kodeksu z francuskim *code civile*. Zmiana składu osobowego *société civile* poprzez zbycie udziału jest wyraźne dopuszczona i ustawowo uregulowana (art. 1861–1869 Cciv). Kodeks wyróżnia przeniesienie udziału wspólnika na inną osobę oraz przejście udziału zmarłego wspólnika na jego spadkobierców. Nabywcą udziału może być zarówno osoba trzecia, jak i, na mocy postanowień statutu, inny wspólnik lub jego współmałżonek. Zbycie udziału *société civile* jest transparentne, a to z tego względu, że kapitał spółki jest podzielony na udziały, a spółka jest osobą prawną.

Podsumowanie

Reasumując, wskazać należy, iż w ramach spółki cywilnej nie można nawiązać stosunku ,,członkostwa" w ścisłym rozumieniu tego terminu. Konsekwencją zajętego stanowiska jest także wniosek o niezbywalności ,,udziału", czyli zespołu praw i obowiązków wspólnika związanych z uczestnictwem w spółce cywilnej i wyznaczających treść stosunku prawnego ,,członkostwa". Zbywalność udziału jest cechą charakterystyczną spó-

łek handlowych, głównie kapitałowych. W zakresie spółki cywilnej brak jest analogicznego przepisu jak art. 10 k.s.h., który formułowałby wyjątek od zasady niezbywalności. Skoro ,,udział" to zespół praw i obowiązków związanych z członkostwem, to takie zbiorcze przeniesienie jakiegoś ogółu praw i związanych z nimi obowiązków *uno actu* z reguły zostaje wyraźnie wysłowione przez ustawodawcę np. art. 55^2 k.c., art. 1051 k.c. Nawet zwolennicy zbywalności uczestnictwa podkreślają, że jego zbycie w spółce cywilnej jest możliwe tylko i wyłącznie za zgodą pozostałych wspólników, a nawet że wyrażenie takiej zgody zmienia dotychczasową umowę spółki, gdyż osoba wspólnika stanowi element umowy spółki. Pomiędzy spółkami osobowymi i kapitałowymi zachodzi odmienność istoty członkostwa polegająca na wyodrębnieniu (odrębności) spółki od wspólników w spółkach kapitałowych, której brak w spółce cywilnej. W ramach spółki cywilnej, nawet hipotetycznie przyjmując, że uczestnictwo w niej może być zbyte, zmiana składu osobowego stanowi zmianę umowy, a więc nie jest to już ta sama spółka cywilna, co spółka w ,,starym składzie". Tymczasem w wyniku zmiany umowy spółki dochodzi do konstytutywnego nabycia uczestnictwa, zaś nabycie translatywne powinno nastąpić bez zmiany umowy spółki.

Notka biograficzna:

doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Zarządzania i Prawa na Wydziale Ekonomiczno-Społecznym Uniwersytetu Przyrodniczego w Poznaniu.

Literatura

Ciszewski, J. (2000). *Spółka cywilna*. Poznań: Ars boni et aequi.

Domański, L. (1938). *Instytucje kodeksu zobowiązań. Komentarz teoretyczno-praktyczny. Część szczegółowa*, Warszawa: Marian Ginter – Księgarnia Wydawnictw Prawniczych.

Górecki, W. (2000). Dopuszczalność przenoszenia członkostwa w spółce cywilnej. *Przegląd Prawa Handlowego*, 1, 38–43.

Grzybowski, S. (1976). *System prawa cywilnego* (t. III, cz. 2). Wrocław-Warszawa-Kraków--Gdańsk: Ossolineum.

Gwiazdomorski, J. (1985). *Prawo spadkowe w zarysie*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Herbet, A. (2008). *Spółka cywilna – konstrukcja prawna*. Warszawa: C.H. Beck.

Jacyszyn, J. (1994). Wspólnik w judykaturze. *Monitor Prawniczy*, 5, 138–140.

Jędrzejewska, A. (1994a). Przeniesienie członkostwa w spółkach osobowych. *Przegląd Prawa Handlowego*, 3, 17–24.

Jędrzejewska, A. (1994b). Zagadnienia konstrukcyjne spółek osobowych – członkostwo. *Przegląd Prawa Handlowego*, 2, 11–16.

Jędrzejewska, A. (1996). Spółka osobowa a małżeńska majątkowa wspólność ustawowa. *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, 3, 511–514.
Jokiel, E. M. (2005). *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*. W: Z. Koźma, M. Ożóg (red.). Gdańsk: Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr.
Jurga, R. (1996). Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1995 r., III CZP 160/95. *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, 10, 15–17.
Koch, A., Napierała, J. (2006). *Umowy w obrocie gospodarczym*. Kraków: Zakamycze.
Korzonek, J., Rosenblüth, I. (1934). *Kodeks zobowiązań. Komentarz*. Kraków: Księgarnia Powszechna.
Kremis, J. (2004). *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 535–1088* (t. II). W: E. Gniewek (red.). Warszawa: C.H. Beck.
Litwińska, M. (1996). Komentarz do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1995 r., III CZP 160/95. *Przegląd Prawa Handlowego*, 4, 31–34.
Longchamps de Berier, R. (1948). *Zobowiązania*. Poznań: Księgarnia Akademicka.
Naworski, J.P. (1996). Zbycie członkostwa w spółce cywilnej, uwagi na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 listopada 1995 r., III CZP 160/95. *Przegląd Prawa Handlowego*, 9, 32.
Naworski, J.P. (2001). *Komentarz do kodeksu spółek handlowych. Spółki osobowe*. W: T. Siemiątkowski, R. Potrzeszcz. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
Naworski, J.P. (2006). Śmierć wspólnika dwuosobowej spółki jawnej. *Przegląd Prawa Handlowego*, 1, 55–58.
Naworski, J.P. (2008). *System Prawa Prywatnego* (t. XVI). *Prawo spółek osobowych*. W: A. Szajkowski (red.). Warszawa: C.H. Beck.
Pietrzykowski, K. (2003). *Kodeks cywilny. Komentarz* (t. II). Warszawa: C.H. Beck.
Pyziak-Szaficka, M. (2006). Prawo podmiotowe. *Studia Prawa Prywatnego*, 1, 41–94.
Redelbach, A. (1998). *Wstęp do prawoznawstwa*. Toruń: Dom Organizatora.
Rudnicki, M. (2001). *Nowe prawo spółek*. W: R. Szczepaniak (red.). Gorzów Wlkp.: Magnum Dom Wydawniczy – Prawo i Finanse.
Sołtysiński, S., Szajkowski, A., Szwaja, J. (1996). *Kodeks handlowy. Komentarz* (t. II). Warszawa: C.H. Beck.
Stecki, L. (1989). *Kodeks cywilny z komentarzem* (t. II). W: J. Winiarz (red.). Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
Stępień, A. (2006). Przeniesienie członkostwa w spółce cywilnej. *Rejent*, 9, 81–82.
Szczotka, J. (2003). *Spółka jawna*. Bydgoszcz: Oficyna Wydawnicza Branta.
Wiśniewski, A.W. (1992). *Prawo o spółkach, podręcznik praktyczny* (t. I). Warszawa: Twigger.

Permissibility of personal transformations in a civil-law partnership

Summary

It is impossible to create membership in a civil-law partnership in the strict understanding of the term. Membership refers to participation in an entity, a separate unit, a specific individual being. A 'partnership' here is not a different entity from the partners composing it, hence, bearing in mind that a civil-law partnership is a specif-

ic type of obligation, the use of the term 'membership' constitutes a certain terminological simplification. A consequence of this view is also the conclusion that the 'interest', which means the entire set of rights and obligations of a partner connected with participating in a civil-law partnership and delimiting the contents of the legal relationship of 'membership', is inalienable.

Key words: civil law partnership, legal relationship, membership vs share, the partners, shared capital.

АЛЕКСАНДР КЛИМОВИЧ

Развитие обязательств из деликтов в римском и русском дореволюционном праве

Rozwój zobowiązań z deliktów w prawie rzymskim i w prawie rosyjskim w okresie przedrewolucyjnym

Резюме

В статье рассматривается история возникновения института деликтных обязательств в архаичном праве – в результате постепенного отказа потерпевшего от кровной мести, как способа удовлетворения за причинённый вред, и замены её денежным возмещением. Анализируется система частных деликтов в римском праве, общие черты и специфика защиты по каждому из них. Констатируется отсутствие принципа генерального деликта в римском праве, несмотря на наличие общих подходов в вопросах защиты прав частных лиц от различных деликтов. В сравнительном аспекте характеризуется состояние законодательства, регулирующего возмещение вреда, в различные исторические эпохи в России: по нормам Русской Правды, Соборного Уложения, Законов гражданских, а также Проекта Гражданского уложения Российской Империи. Отмечается преемственность доктрины и законодательства о деликтной ответственности. Формулируются основные тенденции развития данного правового института.

Ключевые слова: деликт, удовлетворение, возмещение, защита от деликтов, деликтная ответственность.

1. В римском праве

Обязательства, возникающие вследствие причинения внедоговорного вреда, в юридической литературе принято называть деликтными. Это название происходит от латинского *delictum*, что означает всякое недозволенное действие, правонарушение, влекущее за собой какое-либо наказание. Именно сфера деликтов в своё время стала, по выражению И.А. Покровского, „древнейшим зародышем обязательственных отношений" (Покровский, 1917, с. 226–227), опередив договор как самостоятельный источник обязательств.

Но, говоря о древности происхождения деликтных обязательств, следует заметить, что, собственно, „обязательствами" они стали не сразу – правовое последствие деликта в древнейшие времена правильнее было бы ассоциировать с понятием „ответственность", а не „обязанность". Дело в том, что изначально таким последствием выступала кровная месть (*vindicta*), опиравшаяся на принцип талиона („око за око, зуб за зуб"). Обычай мести в те давние времена позволял потерпевшему самостоятельно, без обращения к властным структурам, привлечь лицо, совершившее правонарушение, именно к „ответственности", причинив ему вред, адекватный тому, который он сам от него претерпел. Такое право на месть, однако, не давало потерпевшему возможности требовать от виновного возмещения ущерба или уплаты штрафа, и, следовательно, не порождало соответствующего обязательства правонарушителя перед потерпевшим. Лишь с появлением государственности и связанным с этим развитием отношений собственности месть утратила характер справедливого и эффективного способа разрешения конфликтов, к тому же она вступила в противоречие с укреплением государственной власти, стремившейся установить общий порядок и свести к минимуму случаи даже допустимого произвола частных лиц. Поэтому кровная месть постепенно стала заменяться возмещением вреда в форме уплаты штрафа, что побудило к развитию категорий „долг", „обязанность", „обязательство".

Поначалу такая замена происходила на основании добровольного соглашения причинителя вреда с потерпевшим, в котором последний отказывался от мести взамен на имущественное возмещение причинённого ему ущерба в размере определённого штрафа. Например, Законы XII таблиц допускали месть за членовредительство, если не было добровольного соглашения между сторонами (VIII, 2) (*Памятники римского права*, 1997, с. 10). Такой откуп от мести в древности носил факультативный характер, зависел от воли сторон, и поэтому не всегда

порождал обязательство. Однако со временем для некоторых правонарушений закон стал устанавливать обязательность заключения договора о примирении, а также размер штрафов (*compositio*) потерпевшей стороне со стороны виновного. Потерпевший обязан был в таких случаях удовлетвориться взысканным с виновного штрафом, не прибегая к мести. Так, если для членовредительства, как было указано выше, Законы XII таблиц устанавливали возможность соглашения об уплате штрафа в качестве альтернативы мести, то для менее тяжких ранений штраф являлся уже обязательным и единственным юридическим последствием (VIII, 3). Аналогично при задержании вора с поличным месть могла быть заменена соглашением о штрафе, если же вор не был пойман с поличным, месть была исключена, и он мог быть присуждён только к уплате денежного штрафа.

Такой подход объективно себя оправдал, поскольку, сокращая случаи произвола частных лиц, он без ущерба идеям справедливости способствовал повышению авторитета государственной власти, стабилизации имущественных отношений. Поэтому далее, по мере развития хозяйственной жизни в Древнем Риме и укрепления его государственности, число составов правонарушений, требующих обязательного заключения соглашения об уплате штрафа, увеличивалось, и кровная месть, таким образом, постепенно вытеснялась, пока не была полностью запрещена. Тем самым факультативная композиция уступила место реальной, которая в Законах XII таблиц уже преобладала.

В результате такой эволюции в древнеримском цивильном праве зародилась категория частных деликтов (*delicta privata*), которые рассматривались как противоправные посягательства на интересы частных лиц, влекущие за собой возмещение ущерба виновным лицом в пользу потерпевшего. Развитие товарно-денежных отношений, усиление роли денег в римском хозяйстве при экономически неизбежном изменении их покупательной способности заставили постепенно перейти от некогда твёрдо зафиксированных частных штрафов (*poena*) к возмещению причинённых деликтом убытков, поскольку фиксированный законом штраф не всегда позволял добиться эквивалентной причинённому вреду компенсации, т.е. в полной мере защитить нарушенные имущественные интересы потерпевшего. Наряду с исками, направленными на взыскание частного штрафа, заменившего древнейшую кровную месть, появились другие иски, направленные на возмещение причинённых деликтом убытков в собственном смысле слова. Так, И.А. Покровский отмечает, что „рядом с ответственностью в виде штрафа (*actiones poenales*) появляется в известных случаях простая обя-

занность возместить причинённый вред (*actiones rei persecutoriae*); иногда возмещение вреда и штраф комбинируются в одном иске (*actiones mixtae*)" (Покровский, 1998, с. 434).

Ещё одним аспектом эволюции деликтных обязательств стало разрешение вопроса о достаточности одного лишь факта причинения вреда для привлечения к ответственности. В теории гражданского права этот вопрос и сейчас находится в фокусе проблемы определения основания деликтного обязательства и деликтной ответственности. Что касается древнейшего права, то оно давало однозначно утвердительный ответ на этот вопрос – ответственность обусловливалась простым фактом причинения вреда, что исключало учёт субъективной виновности лица, причинившего вред, и влекло привлечение к ответственности даже малолетних и безумных субъектов. Как пишет И.А. Покровский, древнее право „останавливалось на внешнем факте причинения вреда, не вдаваясь в вопрос о внутреннем отношении лица к своему деянию" (Покровский, 1917, с. 281).

Однако по мере обогащения практики защиты нарушенных прав, сначала постепенно приходит понимание необходимости учитывать причинение вреда во взаимосвязи с виной (умыслом или небрежностью) причинителя вреда. Так, в Законах XII таблиц случайность ещё пока отождествляется с небрежностью и, охватываясь понятием вина, влечёт ответственность, но более лёгкую, чем за такое же, но умышленное, деяние (VIII, 10). Далее следующим шагом становится отграничение случайного деяния, как совершённого невиновно, от правонарушения и исключение чьей-либо и какой-либо ответственности за такую случайность (Gai. III. 221; D. 21, 1, 23, 2). Это позволяет, вопреки старому правопорядку, исключить из числа ответственных лиц тех, кто по той или иной не зависящей от них причине был не способен осознавать характер своих вредоносных действий или руководить ими, а также лиц, причинивших вред случайно.

Заслугой именно римского права является формулирование принципа вины и одной из основных его заповедей „за случай никто не отвечает" (*casus a nullo praestatur*). Только в некоторых определённых законом отношениях (ответственность хозяев гостиниц, постоялых дворов или кораблей за пропажу вещей постояльцев или пассажиров) устанавливалась ответственность более строгая, то есть даже при отсутствии вины (в подборе прислуги или надзоре за ней). И основанием освобождения от такой ответственности могло служить лишь доказанное ответчиком обстоятельства так называемой „непреодолимой силы" (*vis major*), то есть некого стихийного, чрезвычайного случая, которого никакая человеческая сила предотвратить не может (*casus, cui*

humana infirmitas resistere non potest). По мнению И.А. Покровского, „установленная претором, вероятно, в эпоху гражданских смут последнего столетия республики эта повышенная ответственность имела своей целью оказать максимальное давление на энергию указанных предпринимателей в деле охраны интересов их клиентов и этим обезопасить путешествия от разных событий сомнительного характера" (Покровский, 1917, с. 282).

Таким образом, в частном деликте постепенно выделился ряд элементов, наличие которых в совокупности порождали обязательство по возмещению причинённого вреда:

- совершение внешнего по отношению к потерпевшему действия (в более позднем, классическом праве также и бездействия);
- возникновение на стороне потерпевшего негативного последствия (вреда);
- наличие действительной причинно-следственной связи между указанными действием и последствием;
- действие делинквента и причинение вреда должно быть противоправным;
- виновность делинквента в форме умысла (*dolus*, *dolus malus*) или неосторожности (*culpa lata*, *culpa levis*, *culpa levissima*). Ущерб, причинённый случайно (*casus*), в развитом римском праве освобождал от ответственности. Также и причинение ущерба под воздействием непреодолимой силы (*vis major*) снимало ответственность, при условии, что действию непреодолимой силы не предшествовала вина причинителя вреда;
- установление для делинквента неблагоприятных имущественных последствий противоправного действия (возмещение ущерба, штраф), применяемых судом по обращению потерпевшего.

Ответственность за последствия деликта была строго личной (в том смысле, что только имуществом самого делинквента) и безусловной (это давало возможность привлечь и должностное лицо, независимо от того, причинило ли оно вред в процессе исполнения своих властных полномочий или в качестве частного лица).

Деликты были обычным источником возникновения обязательств наряду с договорами. Однако обязательства из частных деликтов, в отличие от договорных обязательств и публичных деликтов, имели некоторые особенности:

- прежде всего, они не допускали наследования и были непередаваемы, за исключением, пожалуй, обогащения, полученного в результате совершения деликта наследодателем (в этом случае наследник отвечал в пределах такого обогащения). Обязательства

из деликтов прекращались: в случае смерти потерпевшего – и, которая по воззрению древних касалась, прежде всего, лично виновника и потерпевшего. Договорные же обязательства переходили как на наследников кредитора, так и на наследников должника, кроме договоров, в которых личность должника имела существенное значение (например, поручение);

– в деликтных обязательствах штрафная ответственность отличалась кумулятивной (накопительной) солидарностью, то есть штраф взимался в полном размере с каждого из делинквентов, что очевидно могло приводить к значительному превышению полученного возмещения над убытками потерпевшего. Это тоже объяснимо идеями, на которых ранее основывалась месть. В договоре же имела место долевая или солидарная ответственность должников, но всегда в пределах ущерба;
– они были ноксальными – за деликты подвластных или рабов ответственность нёс домовладыка (*pater familias*), он либо сам возмещал потерпевшему убытки, либо отправлял виновного на отработку долга. В договорах же домовладыка нёс ответственность лишь при сделках, совершённых подвластными лицами или рабами с его согласия;
– они носили временный характер (*temporarie*) – действовали в течение одного года (за исключением обязательств древнейшего периода), в то время как договорные обязательства были постоянными (*perpetuae*). Краткая годичная давность, погашавшая деликтное обязательство, также объясняется его происхождением от мести: ведь кто не мстил немедленно, предполагался простившим;
– субъектом правонарушения (деликта) могло быть признано только физическое лицо, причинившее вред также физическому лицу;
– вред подлежал возмещению даже в случае его причинения несовершеннолетним лицом (*impuberes*), в договорные же обязательства такие лица вступать не могли;
– виновного, обращаясь к государству, должен был преследовать сам пострадавший, что отличало частный деликт от публичного, где преследующей стороной, инициатором процесса выступало государство.

Классифицировать частные деликты римского права можно по различным основаниям. В историческом аспекте особое значение имеет их разграничение по времени возникновения. По этому основанию можно выделить две категории: частные деликты древнего права и преторские частные деликты. В рамках этих категорий последующая классификация не имела единого критерия.

Правонарушений, которые квалифицировались как деликты по древнему, цивильному праву (прежде всего, по Законам XII таблиц), было всего четыре – *iniuria* (обида), *furtum* (кража), *rapina* (грабёж), *damnum iniuria datum* (нанесение имущественного ущерба) – каждому из которых соответствовал определённый штрафной иск (*actio poenalis*).

а. *Iniuria* – личная обида, повреждение чужих материальных и личных ценностей. В классическом праве обида понималась очень широко и фактически включала в себя любое умышленное правонарушение, направленное против личности. Обида могла быть нанесена как физическими действиями (например, телесное повреждение), так и словесно (оскорбление) либо знаками, кроме того, она могла быть нанесена прямо или косвенно (например, путём оскорбления близкого родственника) – но в любом случае нарушала достоинство или телесную неприкосновенность потерпевшего. Таким образом, речь шла о возмещении только физического или морального вреда, но не имущественного. Самым тяжким видом обиды считалось членовредительство (повреждение руки, ноги, глаза), менее тяжким – ранения, ещё менее – побои. Особо выделялось оскорбление, поскольку при его квалификации учитывалась зависимость оскорбления от душевного состояния потерпевшего.

Наказанием за обиду был штраф. В древнейшую эпоху его размер был строго фиксированным для каждого вида *iniuria*. К тому же actio iniuriarum предоставлялся только в отношении тех случаев iniuria, которые были предусмотрены Законами XII таблиц: *membrum ruptum* (членовредительство, повреждение конечностей), *os fractum* (повреждение внутренней кости, тяжкое телесное повреждение), *iniuria* (любое иное личное оскорбление). Инфляционные процессы, ограниченность предусмотренных законом случаев обиды, а также необходимость справедливо учесть субъективные обстоятельства обиды заставили постепенно отказаться от этой системы. Поэтому в период империи размер штрафа стал определяться с учётом обстоятельств дела – истец получил возможность сам обосновывать размер своей претензии, а претор (при *iniuria atrox*) либо судья *in iudicio* (при иных случаях *iniuria*) лишь корректировали его сообразно действию, месту и личности. Претор начал давать потерпевшему специальный иск – *actio iniuriarum aestimatoria* (оценочный иск из личной обиды). На квалификацию обиды как тяжкой или менее тяжкой стал влиять не только собственно вред, но и место нанесения обиды (например, публично или наедине), характер действия (обычное действие или с выраженным пренебрежением и т.п.). В понятие *iniuria* претор включил моральный вред, нанесённый

чести или достоинству лица, что постепенно стало основным содержанием рассматриваемого деликта.

Учитывалось также постоянство личного восприятия чужих действий. Иначе говоря, однажды не предъявив иск по поводу, например, пощёчины, в дальнейшем лицо утрачивало право предъявлять кому-либо иск по поводу такого же действия – как бы предполагалось, что, отказавшись от предъявления иска, лицо признавало отсутствие обидного для себя характера указанного действия. Таким образом, в случае с *iniuria* высокая степень индивидуальной обоснованности была связана с повышенной требовательностью в отношении правосознания, которое исключало произвольное прощение чужих посягательств на личность.

Наконец, *actio iniuriarum*, помимо того, что являлся штрафным, приносил правонарушителю бесчестье (*infamia*).

b. *Furtum* – кража, незаконное изъятие движимой вещи с целью извлечения прибыли из самой вещи (*furtum proprietatis*) либо из пользования (*furtum usus*) или владения (*furtum possessionis*) ею. Таким образом, в римском праве понятие кражи рассматривалось несколько шире, чем в настоящее время, так понималось любое умышленное действие, направленное на извлечение из вещи незаконных имущественных выгод против воли собственника или носителя иного вещного права. Поэтому к ней относили как собственно кражу, так и различные формы хищения (например, присвоение, растрата), более того – противоправное владение или пользование чужим имуществом (например, со стороны хранителя в отношении вещи поклажедателя либо когда простой держатель вещи выдавал себя за владельца). Наконец, также и сам собственник мог совершить кражу своей вещи (*furtum suae rei*), отобрав её у законного владельца (например, у залогодержателя).

В древнее время вор, застигнутый на месте преступления или у которого вещь была найдена при обыске, наказывался бичеванием и отдавался во власть потерпевшего. В случае ночной (*furtum nocturnum*) или вооружённой кражи (*qui se telo defendit*) вора можно было убить на месте, достаточно было засвидетельствовать сопротивление, созвав соседей. Наиболее строго карались посягательства на вещи, находящиеся в общественной собственности. С другой стороны, не считалось кражей присвоение бесхозной вещи.

В более позднем праве самосправа над вором была запрещена. Юридические последствия деликта сводились к ряду исков. Прежде всего, потерпевшему давался иск о возврате похищенного (*condictio furtiva*). Собственник похищенной вещи имел в своем распоряжении также виндикационный иск. *Condictio furtiva*, которой можно было заменить виндикацию, была легче в процессуальном смысле: если

в виндикационном процессе от истца требовалось доказать его права собственности на спорную вещь, то с кондикцией истцу достаточно было доказать факт кражи у него вещи ответчиком. Кроме того, кондикция была выгоднее тем, что позволяла в случае, если вор сбыл вещь, истребовать полученное при этом обогащение.

Кроме изъятия у вора похищенной вещи (или обогащения от неё) посредством *condictio furtiva* потерпевший также мог дополнительно взыскать с помощью другого иска (*actio furti*) штраф, размер которого (степень кратности) зависел от вида *furtum*.

В рамках данного состава различались следующие подвиды кражи:

– *Furtum manifestum* – открытая, явная кража, в которой открытость, согласно наиболее распространённой трактовке, предполагала, что правонарушитель застигнут на месте преступления. Первоначально в качестве наказания вора можно было убить, вора-раба сбрасывали со скалы, свободных бичевали и отдавали в рабство, малолетних наказывали телесно. Позднее был предусмотрен штраф в четырёхкратном размере стоимости вещи. Со временем выделился в категорию публичных деликтов.
– *Furtum nec manifestum* – неявная, тайная кража, которой считалось любое иное похищение имущества. Предусматривала штраф в двойном размере стоимости вещи.

С точки зрения последствий и санкций к явной или неявной краже (в зависимости от того, был ли вор пойман с поличным) приравнивался грабёж (*rapina*), который лишь в 76 г. до н.э. преторским эдиктом был выделен в самостоятельный деликт, наказываемый четырёхкратным штрафом. Связано это было с тем, что грабитель, как правило, успевал сбежать и поэтому отвечал только в двукратном размере, то есть меньше обычного вора, застигнутого на месте преступления, что было очевидно несправедливо.

– *Furtum conceptum* – кража, обнаруженная при ритуальном обыске (самим потерпевшим в присутствии свидетелей) дома подозреваемого. Наказывалась штрафом в тройном размере от стоимости краденого имущества, даже если подозреваемый и не знал о нахождении краденой вещи в его доме. Также со временем такая кража стала публичным деликтом. Отказ подозреваемого подвергнуться домашнему обыску рассматривался как *furtum prohibitum* и наказывался штрафом в четырёхкратном размере.
– *Furtum oblatum* – скрытая кража, когда вещь подбрасывалась или сбывалась другому лицу с целью спрятать её или сокрыть подлинного вора. За данный деликт подбросивший вещь отвечал перед тем, кому подбросил или сбыл, после того, как последний понёс

ответственность по *actio furti concepti*. Наказывалась штрафом в тройном размере стоимости краденого.

c. *Rapina* – грабёж, под которым понималось открытое завладение чужой вещью с применением насилия. В 76 г. до н.э. эдиктом претора Лукуллы этот частный деликт был выделен из состава *furtum*. Был установлен специальный иск *actio vi bonorum raptorum*, направленный против грабежей, совершаемых вооружёнными бандами. В дальнейшем действие этого иска путём расширительного истолкования было распространено на все случаи грабежа, независимо от его объекта и кем бы он ни был совершён. Несмотря на преторские корни и сохранившийся характер квалифицированной кражи этот деликт приобрёл самостоятельный характер и традиционно рассматривается среди деликтов цивильного права.

В качестве наказания он предусматривал штраф в четырёхкратном размере стоимости разграбленного имущества. Однако по истечение года со дня грабежа ответственность виновного ограничивалась лишь размером причинённого ущерба.

Согласно Юстиниану (I. 4, 6, 19) этот иск считался смешанным (*actio mixta*), то есть преследующим и имущественные и штрафные интересы, что исключало кумулятивную конкуренцию его с нештрафными исками.

d. *Damnum iniuria datum* — противоправное уничтожение или повреждение без извлечения имущественной выгоды для делинквента чужого недвижимого имущества либо той категории движимого имущества, которое в древности относилось к разряду манципируемых вещей (строения, рабы, скот). Как предполагающий высокую степень обобщения, этот состав был практически неизвестен в древнейшую эпоху, если не считать упомянутые в Законах XII таблиц самовольную вырубку деревьев, поджог хлеба или дома, нанесение повреждения чужому рабу. Романисты иногда называют его „аквилианский ущерб", поскольку этот частный деликт был выделен из состава *iniuria* и получил самостоятельную трактовку в 286 г. до н.э. законом Аквилия (*lex Aquilia*). Закон устанавливал ответственность: 1) за убийство чужого раба или животного; 2) за ущерб, причинённый второстепенным кредитором основному кредитору путём прощения долга из стипуляции; 3) за ранение раба или животного либо уничтожение или повреждение чужой вещи. Важным условием его квалификации было причинение вреда *damnum corpori datum* – физическим предметом и телесной связью. Кроме того, необходимо было отсутствие умысла, связанного с посягательством на личность потерпевшего или с намерением получить имущественную выгоду.

В случае убийства раба или животного вред подлежал возмещению в размере наивысшей их цены в последний до убийства год. При деликте, совершённом второстепенным кредитором, освободившим от обязательства должника, он отвечал в размере суммы долга, от которого должник был освобождён. В случае ранения раба или животного либо повреждения вещи размер возмещения определялся исходя из их наивысшей стоимости в последний месяц до совершения деликта. Делинквент отвечал за любую форму вины, даже за лёгкую небрежность, но степень вины учитывалась при определении итогового размера возмещения. Несколько делинквентов несли солидарную ответственность.

В юстиниановском праве возможность применения *lex Aquilia* достигла наибольшей объективной и субъективной широты. Если первоначально он защищал от данного деликта только собственника вещи, то с развитием классической юриспруденции и преторского права иски стали предоставляться и законным владельцам, узуфруктуариям, а также, иногда, лицам, имевшим обязательственное право требовать передачи им вещи. Кроме того, ответственность за этот деликт стала наступать не только за физическое причинение вреда имуществу, но и, по аналогии, в иных случаях (например, оставление чужого раба без пищи, обращение в бегство чужих животных и т.п.). Возмещению подлежал не только прямой ущерб, но и косвенный, связанный с лишением выгод, которые мог бы иметь хозяин повреждённой вещи. Например, при ранении раба с утратой им способности работать, возмещались и затраты на лечение, и предполагаемая, но не полученная прибыль от его работы. Вследствие такого расширения иск перестал носить штрафной характер и приобрёл направленность на возмещение внедоговорного вреда, чем, думается, было заложено основание современного принципа генерального деликта.

Казуистический характер древнейшего права в рассматриваемой области был существенно смягчён положениями, выработанными претором и юристами. За счёт преторского права круг деликтов (и соответствующих им деликтных исков) постепенно и постоянно расширялся за счёт новых составов. Романисты (Санфилиппо, 2002, с. 262, 267) обычно выделяют следующие виды преторских частных деликтов.

а. *Dolus malus* – „злой умысел", предусматривал особую ответственность за вымогательство, мошенничество и обман кредиторов. Лицо, вымогающее какое-либо имущество у другого, подлежало ответственности в виде возвращения полученного в результате вымогательства и уплаты штрафа в четырёхкратном размере стоимости возвращаемого. Мошенничество имело место, когда лицо своими противоправными действиями вызывало заблуждение другого лица в момент совершения

сделки либо в период существования обязательства, в результате чего другому лицу причинялся ущерб. Данный деликт предполагал возмещение только убытков без каких-либо дополнительных санкций. Обман кредиторов квалифицировался, когда должник, стремясь искусственно уменьшить размер принадлежащего ему имущества и, тем самым, сохранить его от взысканий кредиторов, совершал дарственные акты. В таких случаях для защиты своих интересов кредиторам дано было право оспаривать подобные дарственные сделки должника. Иск был направлен как на самого должнику, так и на его одаряемым.

Иск, установленный претором Аквилием Галлом в 66 г. до н.э. против данного деликта (*actio de dolo*), помимо штрафного характера приводил к бесчестью (*infamia*) правонарушителя. Предъявить его можно было в течение года с момента совершения деликта. Он также был ноксальным (предъявлялся к домовладыке виновного), непереходным. Давался лишь при отсутствии у потерпевшего иного процессуального средства для получения возмещения. Кроме того, иск относился к категории *arbitraria*, то есть предусматривал оправдание ответчика, если он добровольно до суда удовлетворял требования истца.

b. *Metus* – угроза применения силы, которая представляла собой противоправное действие физического или психического характера, побуждающее другое лицо совершить определённую сделку или фактическое действие. Хотя сделка и не признавалась недействительной, согласно эдикту претора Октавия (первая половина I в. до н.э.), лицу, которому в результате совершённых им под влиянием угрозы действий был причинён вред, предоставлялся иск *actio quod metus causa*, позволявший в течение года взыскать с виновного штраф в четырёхкратном размере, а по истечении года – в размере ущерба. Помимо штрафного характера, иск являлся *arbitraria*, ноксальным, пассивно непереходным. Он мог быть предъявлен и третьим лицам, не участвовавшим в насилии, но получившим от него выгоду (*actio in rem scripta*). Наследник виновного также отвечал по данному иску, но лишь в пределах незаконного обогащения.

c. *Servus corruptus* – „совращение раба", квалифицировался в случае вредного влияния на чужих рабов, приводившего к ухудшению их профессиональных или моральных качеств, в частности – к совершению ими проступков. Против виновника претор давал штрафной иск, позволявший взыскать двойной размер разницы, на которую уменьшилась стоимость раба.

Преторскими эдиктами предоставлялись иски и против иных деликтов: осквернение могил, злоупотребление при взимании налогов, предоставление землемером ложных данных о размере участка и т.д.

Потерпевшему от любого из вышеназванных деликтов предоставлялось право предъявить соответствующий именно этому деликту иск. Истцу и поступали денежные штрафы, взыскиваемые в установленном для частного судопроизводства порядке. Кстати говоря, аналогично древнеримскому штрафу за совершённый деликт институт платы за убийство, насилие или увечье известен и другим, возникшим позднее древним правовым системам – например, вира в древнерусском праве, кун в праве тюркских народов, вергельд в правовых обычаях германских племён.

Кроме приведённой классификации частных деликтов по природе причинённого вреда их можно разделить на имущественные и личные (причинённые телесной целостности человека, его чести, свободе, морали).

Со временем от частных деликтов отделилась группа деликтов (убийства, некоторые насильственные действия и др.), нарушающих интересы не только частных лиц, но и государства в целом. Например, согласно закону Корнелия (*lex Cornelia de iniuriis*) в 81 г. до н.э. наиболее тяжкие случаи *iniuria*, которые предполагали *pulsare*, *verberare*, *vi domum introire* („ударять, избивать, силой врываться в дом"), стали подвергаться уголовному преследованию. Такие деликты влекли за собой телесные наказания (иногда и смертную казнь) или имущественные взыскания, поступающие, однако, не потерпевшему или его семье, а в доход государства. Дела по ним возбуждались и разрешались по специальным правилам уголовного судопроизводства. Поначалу потерпевший мог выбирать между гражданским иском и уголовным преследованием, позднее уголовный процесс стал возбуждаться независимо от воли потерпевшего. Все подобные случаи образовали категорию публичных деликтов (*indicia publica*, *crimina*, позднее для них также был придуман термин *delicta publica*), а выработанные при этом нормы в дальнейшем легли в основу уголовного права.

Принципиальной особенностью римского права является то, что, несмотря на значительные изменения в системе частных деликтов, произошедшие в Римском государстве с древнейших времён до периода империи, в нём так и не было разработано общего правила (принципа генерального деликта), в силу которого подлежал бы возмещению всякий вред, причинённый противоправным деянием. Действие признавалось деликтом, и против него предоставлялся иск, только если оно было отнесено к числу таковых цивильным или преторским правом. Существовал определённый круг деликтов, который постоянно пополнялся. И хотя единого понятия деликта не было, в ходе исторического развития обязательств из отдельных частных деликтов сло-

жились некоторые черты, общие для всех деликтных исков. Эти черты в той или иной степени были положены в основу института обязательств из причинения вреда в различных странах.

2. В российском праве

В русском дореволюционном законодательстве одни из первых норм об обязательствах из причинения вреда можно обнаружить достаточно давно – в Русской Правде – памятнике древнерусского законодательства, предположительно относящемся к правлению Ярослава Мудрого. Там говорилось, в частности, что „сломавший копье или щит или испортивший одежду обязан был возместить стоимость испорченной вещи" (Титов и Чистяков, 1990, с. 7–25).

Несмотря на относительно примитивную структуру, в целом законодательство того периода отличалось довольно развитой системой норм, регулирующих имущественные отношения. Значительное внимание уделялось обязательствам, среди оснований возникновения которых назывались не только различные договоры, но и правонарушения, связанные с причинением вреда. Например, человек, нанёсший ранение другому человеку, кроме уголовного штрафа, должен был оплатить убытки потерпевшему, в том числе, на лечение. И хотя некоторые современные учёные считают вряд ли возможным, применительно к древнерусскому праву, говорить об обязательствах из причинения вреда как о самостоятельном правовом институте, поскольку они сливаются с преступлениями (Юшков, 1949, с. 422), преобладает всё-таки мнение, согласно которому преступления и гражданско-правовые деликты существовали в то время уже как самостоятельные правовые институты, просто иногда, как в приведённом примере, гражданская ответственность дополняла уголовную.

Определённым достоинством Русской Правды было раздельное урегулирование деликтов не только имущественных, но и личных. Возмещение вреда в обоих случаях осуществлялось посредством „продажи", которая представляла собой безусловное возмещение, обязывающее причинителя вреда оплатить убытки, продав, если для этого потребуется, буквально, последнюю рубашку.

В последующий период рассматриваемые отношения регулировались в главе X „О суде" Соборного уложения 1649 года (Софроненко, 1957) – первого печатного кодекса России. И хотя общей нормы, устанавливающей ответственность за причинение вреда, акт не содержал, она дифференцировалась в зависимости от объекта, которому был

причинён ущерб. Особое внимание было уделено защите прав землевладельцев, причём злонамеренные действия предусматривали двойное возмещение ущерба (статьи 211–213), что свидетельствует об учёте законодателем вины правонарушителя. В ряде случаев обязательства из причинения вреда связываются с уголовными правонарушениями – кражей и преступным повреждением чужого имущества. Ответственность разграничивалась в зависимости от степени вины – умышленной или неосторожной (статьи 214–227). Отдельного внимания заслуживает статья 229, устанавливавшая ответственность хозяина за вред, причинённый его холопом или крестьянином. Также обязательство возместить вред возникало в случаях потрав полей и лугов (статьи 230–235) – в частности, собственник потравившего угодья скота был обязан возместить убытки их владельцу, при этом скот, задержанный при потраве, в целости и сохранности подлежал возврату его собственнику.

Нормы Соборного уложения 1649 года о возмещении причинённого вреда действовали, обогащаясь опытом их практического применения, достаточно долго – вплоть до введения в действие в 1835 году Свода законов Российской империи, в котором гражданское законодательство того времени было впервые систематизировано в томе X. Разрешению вопросов возмещения вреда была посвящена ст. 574 части 1 тома X Свода, которая устанавливала: „Как по общему закону никто не может быть без суда лишён прав, ему принадлежащих, то всякий ущерб в имуществе и причинённые кому-либо вред или убытки с одной стороны налагают обязанность доставлять, а с другой производят право требовать вознаграждения" (*Законы гражданские*, 1857, с. 111).

Статья 574 начинала главу VI „О праве вознаграждения за понесённые вред и убытки" и имела значение общего принципа, на котором базировались очень разные по характеру частные случаи возникновения прав на вознаграждение. О широте правоприменительной трактовки этого принципа свидетельствует тот факт, что данная норма устанавливалась в качестве общего правила для регулирования отношений, например: о вознаграждении за имущества, отчуждаемые для государственной или общественной пользы (статьи 577–600), о вознаграждении за временное занятие имуществ и за участие в пользовании чужим недвижимым имуществом (статьи 602–608), о вознаграждении за владение чужим имуществом (статьи 609–643). Более того, за отсутствием иной, более подходящей нормы, эта статья использовалась в судебной практике в качестве законодательной основы для взыскания неосновательного обогащения.

Правила, непосредственно посвящённые обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, законодателем были разделены

на две группы: 1) о вознаграждении за вред и убытки, причинённые преступлением или проступком (статьи 644–683), и 2) о вознаграждении за вред и убытки, последовавшие от деяний, не признаваемых преступлениями и проступками (статьи 684–689). В рамках этих законоположений накопившаяся до систематизации гражданского законодательства практика возмещения причинённого вреда способствовала появлению, помимо указанной общей нормы ст. 574, также ряда специальных правил, в частности: об ответственности укрывателей (ст. 652), об ответственности родителей малолетнего (ст. 653), об ответственности за вред, причинённый душевнобольными лицами (ст. 654), о возмещении вреда, причинённого животным (ст. 656), о праве членов семьи убитого на вознаграждение за его смерть (ст. 657), об ответственности за вред, причинённый повреждением здоровья потерпевшего (статьи 660–661), о вознаграждении за неизгладимое на лице девицы или вдовы обезображение (ст. 662), об обеспечении содержанием подвергшейся изнасилованию девицы (ст. 663), о платеже за различные случаи бесчестья (статьи 664–667), об обязанностях, возникающих в связи с присвоением чужого имущества (ст. 671), о вознаграждении за истребление чужого имущества (ст. 673), об ответственности берегового владельца за убытки, причинённые умышленным истреблением или повреждением мостов (ст. 674), об ответственности должностных лиц за причинённые их действиями вред и убытки (ст. 677), об ответственности судей за причинённые их действиями вред и убытки (ст. 678), об ответственности владельцев железнодорожных и пароходных предприятий за вред и убытки вследствие смерти или повреждения в здоровье (ст. 683).

Предполагалось, что идея дальнейшей систематизации института деликтных обязательств получит своё развитие в Проекте Гражданского уложения (Тютрюмов, 1910), который, однако, не успел стать законом из-за известных политических событий в России 1917 года. Проект предусматривал регулирование отношений вследствие причинения вреда нормами отдельной главы, озаглавленной „Вознаграждение за вред, причинённый недозволенными деяниями", в рамках которой были выделены общие положения (ст. 2601–2615) и особые виды недозволенных деяний (2616–2640).

Общие положения содержали принцип генерального деликта, сформулированный в статье 2601: „Совершивший с умыслом или по неосторожности недозволенное деяние (действие или упущение) обязан вознаградить за причинённый таким деянием вред". Несмотря на свою краткость, определение содержало общие условия возникновения деликтного обязательства: наличие вреда, недозволенное деяние, при-

чинная связь между деянием и вредом, вина причинителя вреда в форме умысла или неосторожности. Главная норма дополнялась положениями об исключении ответственности за вред, причинённый: при осуществлении субъективного права (ст. 2602), с согласия потерпевшего (ст. 2603), под воздействием непреодолимой силы или во исполнение приказа (ст. 2604), в пределах необходимой обороны (ст. 2605), лицами малолетними или не осознающими своих действий (ст. 2607).

Среди особых видов недозволенных деяний, предусматривающих специальные правила возмещения вреда, выделяются такие, как: присвоение (ст. 2616) и повреждение (ст. 2617) чужого имущества; совершение деяния, причинившего смерть (ст. 2618–2619); причинение телесного повреждения (ст. 2620); причинение смерти или телесного повреждения на железной дороге или на пароходе (ст. 2621), а также на фабрике, заводе или горном промысле (ст. 2622); лишение свободы (ст. 2624); причинение обиды или разглашение ложного обстоятельства, позорящего честь, либо подрывающего кредит или доверие (ст. 2625); нравственный вред (ст. 2626, 2627), вред, происшедший от здания или сооружения вследствие неисправного содержания его или недостатков в постройке (ст. 2629); вред, причинённый чем-либо выброшенным или вылитым из строения (ст. 2631–2633) либо падением недостаточно прикреплённых предметов (ст. 2634); вред, происшедший от опасных предметов (ст. 2635) либо животных (ст. 2636–2637); вред, причинённый при отправлении своих обязанностей должностным лицом (ст. 2638), в том числе судьёй (ст. 2639); вред, понесенный вследствие того, что суд допустил обеспечение иска или предварительное исполнение решения, а также вследствие исполнения вступившего в силу, но впоследствии отменённого решения (ст. 2640). Отдельного внимания заслуживает норма ст. 2630, которая была призвана урегулировать обязательства, направленные на предотвращение вреда: „Лицо, которому грозит опасность потерпеть вред от здания или иного сооружения вследствие неисправного содержания или недостатков в постройке, может требовать, чтобы владелец такого здания или сооружения представил обеспечение и принял необходимые меры для предотвращения вреда". Эта норма, как и многие из перечисленных, появилась в законодательстве лишь с принятием Гражданского кодекса Российской Федерации, части второй (Собрание законодательства Российской Федерации, 1996, (5), ст. 410).

Итак, деликтные обязательства – один из древнейших видов обязательств. Появившись ещё во времена римского права, они проникли во все развитые правовые системы и с тех пор никогда не покидали гражданское законодательство. Это объясняется их важностью в граждан-

ском обороте. Вместе с тем, законодательство о деликтных обязательствах постоянно развивается, что в современном российском гражданском праве сопряжено с некоторыми тенденциями, в частности: расширением сферы и повышением уровня правового регулирования, систематизацией института деликтных обязательств, усилением гарантий прав и интересов частных лиц, повышением значения договорных начал в определении последствий деликта, появлением правовых мер защиты нового типа, непосредственно направленных не только на возмещение причинённого вреда, но и на предупреждение опасности его наступления.

Правоприменительная практика заставляет учёных-цивилистов и законодателей работать как над не решёнными ранее, так и над новыми проблемами, поэтому процесс совершенствования законодательства о деликтных обязательствах не прекращается, о чём свидетельствуют многие законопроекты, вносимые в Государственную Думу Федерального Собрания России, направленные на изменение отдельных норм главы 59 Гражданского кодекса Российской Федерации. Примерами могут служить законопроекты Федеральных законов: № 457758-4 о внесении дополнения в статью 1079 Гражданского кодекса Российской Федерации (внесён Законодательным Собранием Санкт-Петербурга), № 305822-4 о внесении изменения в статью 1086 части второй Гражданского кодекса Российской Федерации (внесён Законодательным Собранием Владимирской области).

В юридической литературе активно обсуждается необходимость дальнейшего совершенствования законодательства в области возмещения вреда, причинённого при так называемом массовом деликте, который характеризуется причинением огромного по размеру ущерба одновременно жизни, здоровью многих людей, имуществу граждан, юридических лиц, государству, окружающей природной среде и значительным числом потерпевших (Сергеев, 2010; Мозолин, 2007). Такие деликты могут быть следствием техногенных катастроф, террористических актов и т.п. Несмотря на то, что в России уже принят ряд специальных законов, регулирующих компенсацию вреда, причинённого, например, в результате радиационного воздействия при выполнении работ в области использования атомной энергии (Федеральный закон от 21. 11. 1995 № 170-ФЗ об использовании атомной энергии, СЗ РФ, 1995, № 48, ст. 4552), в результате актов терроризма (Федеральный закон от 6. 03. 2006 № 35-ФЗ о противодействии терроризму, СЗ РФ, 2006, № 11, ст. 1146), всё же целостного решения проблема возмещения вреда, причинённого массовым деликтом, пока не получила. Более того, как справедливо отмечает А.С. Шевченко, „не решён

вопрос о возможности применения гражданско-правовой ответственности при таких деликтах, поскольку вред возмещается либо за счёт соответствующих бюджетов, либо Правительство обеспечивает выплату сумм в части, превышающей установленный для данной эксплуатирующей организации предел возмещения" (Шевченко, 2013, с. 22). Так, постановлением Правительства Российской Федерации от 21. 02. 2008 утверждены Правила возмещения вреда, причинённого жизни и здоровью лиц в связи с их участием в борьбе с терроризмом (*Российская газета*, 27. 02. 2008), которые определяют выплату единовременного пособия лицам, пострадавшим от действий террористов.

Таким образом, поступательное развитие любого общества, основанного на частной собственности, и нормальное функционирование складывающихся при этом имущественных отношений возможны лишь при условии, что права участников этих отношений не будут нарушаться, а в ином случае им будут гарантированы защита и восстановление. Одним из эффективных правовых средств охраны прав и интересов частных лиц, обеспечивающих восстановление имущественной сферы потерпевшего при её нарушении, всегда были деликтные обязательства, законодательство о которых развивается сообразно развитию общественных отношений.

Биографическая аннотация:

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Юридического Института Иркутского Государственного Университета.

Литература

Гражданское право. Часть 2. (2007). В. Мозолин (ред.). Москва: Юристъ.

Гражданское право. В 3 томах. (2010). А. Сергеев (ред.). Том 3. Москва: РГ-Пресс.

Памятники римского права. (1997). Законы XII таблиц. Институции Гая. Дигесты Юстиниана. Москва: Зерцало.

Памятники русского права: Соборное Уложение царя Алексея Михайловича 1649 года. (1957). К. Софроненко (ред.). Выпуск 6. Москва: Госюриздат.

Покровский, И. (1998). *История римского права*. Санкт-Петербург: Летний Сад.

Покровский, И. (1917). *Основные проблемы гражданского права*. Петроград: Право.

Санфилиппо, Ч. (2002). *Курс римского частного права*. Москва: БЕК.

Титов, Ю., Чистяков, О. (1990). *Хрестоматия по истории государства и права СССР. Дооктябрьский период*. Москва: Юридическая литература.

Тютрюмов, И. (1910). *Гражданское Уложение. Проект Высочайше учреждённой Редакционной Комиссии по составлению Гражданского Уложения*. Том 2. Санкт-Петербург: Законоведение.

Шевченко, А., Шевченко, Г. (2013). *Деликтные обязательства в российском гражданском праве*. Москва: Статут.

Юшков, С. (1949). *Общественно-политический строй и право Киевского государства*. Том 1. Москва: Госюриздат.

Rozwój zobowiązań z deliktów w prawie rzymskim i w prawie rosyjskim w okresie przedrewolucyjnym

Streszczenie

Artykuł przedstawia historię powstania instytucji zobowiązań deliktowych w prawie archaicznym – jako rezultatu stopniowej rezygnacji poszkodowanego z brania krwawego odwetu z tytułu zadośćuczynienia za wyrządzoną szkodę i zastępowania go rekompensatą pieniężną. Autor przeanalizował system deliktów prywatnych w prawie rzymskim, ich wspólne cechy oraz specyfikę ochrony deliktowej. Pomimo faktu, że istniały liczne zbieżne poglądy jurystów rzymskich w przedmiocie ochrony praw osób prywatnych przed deliktami, autor stwierdził brak zasady deliktu ogólnego. Następnie scharakteryzował, w ujęciu komparatywnym, stan rosyjskiego ustawodawstwa normującego odszkodowania w różnych okresach historycznych: według norm *Russkoj Prawdy*, *Sobornogo Ułożenija*, *Zakonow grażdanskich*, a także *Proiekta Grażdanskowo Ułożenija Rossijskoj Impierji*. Ponadto, autor wskazał na możliwość czerpania ze spuścizny doktryny oraz z dawnego ustawodawstwa w przedmiocie odpowiedzialności deliktowej. Dodatkowo określił także główne tendencje w rozwoju omawianej instytucji.

Słowa kluczowe: delikt, zadośćuczynienie, odszkodowanie, ochrona deliktowa, odpowiedzialność deliktowa.

КОНСТАНТИН ЛЕБЕДЕВ

Предпринимательские обязательства и договоры в свете общего учения об обязательствах и договорах в российском праве

Zobowiązania i umowy gospodarcze w świetle ogólnej nauki o zobowiązaniach i umowach w prawie rosyjskim

Резюме

1) В статье обосновывается необходимость признания институтов предпринимательских обязательств и предпринимательских договоров несмотря на то, что они законодательно не обособляются в какое-либо отдельное подразделение в системе обязательственного и договорного права. 2) Расположение норм об обязательствах и договорах, возникающих при осуществлении предпринимательской деятельности, в Гражданском кодексе РФ обеспечивает распространение на эти обязательства и договоры общих положений обязательственного и договорного права. 3) Становление и развитие законодательства о предпринимательской деятельности в современной России осуществляется с учетом концептуальных разработок крупнейших отечественных цивилистов, поскольку в основе обязательственного и договорного права лежат предпосылки объективного характера.

Ключевые слова: предпринимательское обязательство, предпринимательский договор, обязательственное право, договорное право, предпринимательская деятельность.

1. Предпринимательские обязательства и договоры в системе гражданско-правовых обязательств и договоров

1.1 Правовые отношения, опосредующие предпринимательскую деятельность, можно было бы называть предпринимательскими правоотношениями. Но в законодательстве Российской Федерации не используется такой термин как предпринимательские правоотношения, так же точно мы не находим в источниках российского права словосочетания „предпринимательское обязательство" и „предпринимательский договор". Но законодатель включил легальное определение понятия предпринимательской деятельности в Гражданский кодекс РФ, раскрыв в статье второй содержание этого понятия. Из этой дефиниции вытекает, что доходы и прибыль субъектов предпринимательской деятельности извлекаются путем совершения операций по использованию имущества, продажи товаров, выполнения работ, оказания услуг (см. более подробно о понятии предпринимательской деятельности: Лебедев, 2002, С. 61–104; Олейник, 2013, С. 2–16). Эти операции и опосредуются обязательствами и договорами, которые ввиду их неразрывной связи с предпринимательской деятельностью являются по сути предпринимательскими обязательствами и договорами.

1.2 Несмотря на отсутствие в действующем законодательстве понятий „предпринимательское обязательство" и „предпринимательский договор", законодатель учитывает специфику договорных обязательств в сфере предпринимательства, создавая правовые нормы, предназначенные для регулирования именно предпринимательских обязательственных отношений. Такие – специальные в этом контексте – правовые нормы содержатся и в подразделе первом „Общие положения об обязательствах", главы 21–26, и в подразделе втором „Общие положения о договоре", главы 27–29, Раздела III „Общая часть обязательственного права" части первой ГК РФ. Например, правило о допустимости одностороннего отказа от исполнения обязательства и одностороннего изменения условий обязательства, связанного с осуществлением его сторонами предпринимательской деятельности, в случаях, предусмотренных договором, если иное не вытекает из закона или существа обязательства (ст. 310), правило о возможности досрочного исполнения предпринимательского обязательства (ст. 315), правило о солидарности предпринимательского обязательства со множественностью лиц (п. 2 ст. 322), правило об ответственности субъектов предпринимательской деятельности независимо от их вины в нарушении обязательства (п. 3 ст. 401), положения о публичном договоре

(ст. 426) и договоре присоединения (ст. 428) и другие. С технической точки зрения эти нормы можно было бы обособить, отделить, а лучше сказать – выделить их и включить в отдельный подраздел Раздела III „Общая часть обязательственного права". Но это вряд ли привело бы к оптимизации правового регулирования предпринимательских отношений. К тому же отделение норм о предпринимательских обязательствах и договорах от всего комплекса общих положений об обязательствах и договорах нарушило бы системные связи между общими и специальными нормами, которые имеют огромное значение для квалификации правоотношений, особенно в спорных случаях, поскольку правильная квалификация основывается на правильном понимании сущности правовых норм, их толковании и, как следствие, правильном применении правовых норм.

1.3 Специальные правовые нормы об отдельных видах предпринимательских договорных обязательствах находятся в соответствующих главах, параграфах и подпараграфах части второй ГК РФ среди других норм обязательственного и договорного права. Например, глава 30. Купля-продажа, § 3. Поставка товаров, ст. 506–524, § 8. Продажа предприятия, ст. 559–566; глава 34. Аренда, § 5. Аренда предприятий, ст. 656–664, § 6. Финансовая аренда (лизинг), ст. 665–670; глава 43. Финансирование под уступку денежного требования, ст. 824–833; глава 47. Хранение, § 2. Хранение на товарном складе, ст. 907–918 и т.д. То есть правовые нормы об отдельных видах предпринимательских договорных обязательствах уже так или иначе структурированы в части второй ГК РФ, а кроме того, специальные правовые нормы о предпринимательских договорных обязательствах содержатся и в других федеральных законах, но наличие таких специальных правовых норм в иных источниках не исключает применение к регулируемым отношениям общих положений части первой ГК РФ об обязательствах и договорах.

1.4 В настоящее время завершается работа по реализации Концепции развития гражданского законодательства, подготовленной в соответствии с Указом Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 о совершенствовании Гражданского кодекса Российской Федерации (см. более подробно: *Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. Вступ.ст. А. Л. Маковско*, С. 160). В течение 2012–2014 гг. принято несколько федеральных законов о внесении изменений и дополнений в Гражданский кодекс РФ. Очевидно, эта работа будет завершена в текущем 2015 году. Но уже ясно, что Гражданский кодекс РФ не претерпит структурных изменений, если только в часть вторую

ГК РФ не будут включены нормы о не предусмотренных в законодательстве, но применяемых в коммерческом обороте договорах, например, дилерских, дистрибьюторских, рамочных, с открытыми позициями и т.п., называемых в литературе и практике „непоименованными" договорами (см. об этих договорах: Брагинский, 2007, С. 1–79).

1.5 Действующее гражданское законодательство в его конкретном воплощении в части первой ГК РФ 1994 г. и в части второй ГК РФ 1996 г., с последующими изменениями и дополнениями, дает все основания для следующих двух выводов: а) Обязательства и договоры, возникающие в связи с осуществлением предпринимательской деятельности, условно называемые предпринимательскими обязательствами и договорами, необходимо рассматривать как разновидности гражданско-правовых обязательств и договоров; эти разновидности , несмотря на определенное их своеобразие, охватываются закрепленными в ГК РФ общими положениями обязательственного и договорного права, б) Содержащиеся в части второй ГК РФ, в Разделе IV „Отдельные виды обязательств" нормы, регулирующие отношения, связанные с предпринимательской деятельностью, как правило, обособлены в отдельные главы, параграфы или подпараграфы, что позволяет признать наличие определенных институтов и субинститутов предпринимательских договорных обязательств.

2. Предпринимательские обязательства и договоры в юридической литературе

2.1 В юридической науке предпринимательские обязательства и договоры исследуются как самостоятельные объекты изучения; им посвящаются диссертации и монографии, причем как индивидуальные, так и коллективные. В числе их можно назвать диссертацию и монографию профессора С.С. Занковского (Занковский, 2004, С. 1–230), коллективную монографию сотрудников Научно-исследовательского института законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве Российской Федерации (*Договоры в предпринимательской деятельности*, 2008, С. 4–502), книгу профессора М.А. Егоровой (Егорова, 2011, С. 1–317), диссертацию и монографию профессора М.Н. Илюшиной (Илюшина, 2011, С. 9–213), работу доцента К.К. Лебедева (Лебедев, 2014, С. 279–313), учебники по предпринимательскому и коммерческому праву.

2.2 Нет необходимости перечислять здесь книги, посвященные отдельным видам договорных обязательств в сфере предпринима-

тельства; их достаточно много, не говоря уже о многочисленных кандидатских диссертациях и статьях. Но хотелось бы подчеркнуть, что исследования общих институтов обязательственного и договорного права ведутся в настоящее время, главным образом, на базе именно предпринимательских обязательств и договоров, включая обширную практику государственных арбитражных судов и третейских судов по спорам, возникающим при заключении предпринимательских договоров и исполнении предпринимательских обязательств. Так, Ю.В. Романец признает фигуру субъекта предпринимательской деятельности (предпринимателя) как нормообразующий фактор и делает вывод о том, что особенности предпринимательской деятельности „позволяют выделить предпринимательское обязательство в особый тип гражданского договора, подчиняющегося общим правилам независимо от вида договора по признаку направленности (купля-продажи, аренды, подряда, финансовой аренды, коммерческой концессии и т.д.)" (см. Романец, 2013, С. 185). Два других автора А.Г. Карапетов и А.И. Савельев в своей фундаментальной монографии связывают актуальность проблемы пределов действия принципа свободы договоров с договорами, заключаемыми в сфере предпринимательства. „Когда российский или иностранный предприниматель, которому в России в полной мере не гарантированы ни защита от рейдерства и коррупции, ни само право частной собственности как таковое, сталкивается еще и с отсутствием гарантий признания и приведения в исполнение заключаемых им контрактов, трудно ждать от него сильного желания инвестировать свои средства в российскую экономику – считают А.Г. Карапетов и А.И. Савельев. – Нестабильность регуляторного режима и непредсказуемость реакции судов на заключенные контракты являются хотя и не основной, но важной предпосылкой консервации плохой институциональной среды, мешающей достичь набившую в последнее время оскомину, но от этого не менее актуальную цель модернизации экономики и формирования условий для устойчивого экономического роста" (см. Карапетов и Савельев, 2012, С. 423). В монографии автора Е.Е. Шевченко преддоговорные контакты хозяйствующих субъектов, правовая природа оферты и акцепта, существенные и иные необходимые условия договора, особенности заключения договора в обязательном порядке анализируются на основе изучения договорной практики, складывающейся в сфере предпринимательства (см. Шевченко, 2012, С. 3–302). То же самое относится к весьма содержательной монографии С.В. Сарбаша, в которой общие и специальные вопросы исполнения договорных обязательств рассматриваются на основе анализа и обобщения судебной, главным образом, судебно-арбитражной практики, то есть практики государственных арбитражных судов

(см. Сарбаш, 2005, С. 3–635). Вопросы недействительности и незаключенности гражданско-правовых договоров рассматриваются И.Е. Степановой на материалах судебно-арбитражной практики по спорам, вытекающим из договоров, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности (см. Степанова, 2015, С. 113–180).

2.3 Обосновывая концепцию договорного регулирования как самостоятельного, наряду с законодательным регулированием, способа правовой организации экономических и иных социальных связей, проф. Б.И. Пугинский подчеркивает решающее значение волевого усмотрения и экономических интересов сторон в оптимальном определении условий договоров. „Вырабатывая условия обязательства, договорные контрагенты сами создают правовые основания своей взаимосвязанной деятельности. – пишет Б.И. Пугинский – Именно в достигаемых соглашениях, формируемых условиях договора, а не в договорных институтах содержатся реальные правовые модели взаимодействия субъектов" (см. Пугинский, 2008, С. 93). Только такой подход, по мнению Б.И. Пугинского, может обеспечить „полноценное использование договора в сфере предпринимательства, где субъектам предоставлена возможность применять договор на основании дозволительного метода регулирования и принципа свободы договора" (см. Пугинский, 2008, С. 67). Наконец, в аспекте взаимосвязи общей теории обязательственного и договорного права с вопросами теории и практики предпринимательских обязательств и договоров нельзя не назвать капитальный труд профессоров М.И. Брагинского и В.В. Витрянского „Договорное право", состоящий из пяти книг, причем отдельные книги вышли в двух томах и выдержали уже не одно издание; первый том посвящен общим положениям договорного права (Брагинский и Витрянский, 1997, С. 6–681). Остальные четыре книги посвящены отдельным видам договорных обязательств, в том числе договорам, которые применяются исключительно в сфере предпринимательства и не применяются в отношениях с участием граждан, например, договор финансирования под уступку денежного требования – договор факторинга (см. Брагинский и Витрянский, 2011, С. 518–584).

3. Учение об обязательствах и договорах в трудах крупнейших отечественных цивилистов

3.1 Исследование предпринимательских обязательств и договоров опирается, таким образом, на общее учение об обязательствах и договорах в отечественной науке гражданского права. Это учение ведет

свою историю с середины XIX века. Фундамент науки российского гражданского права был заложен такими известными учеными как Н.Л. Дювернуа, Д.И. Мейер, И.А. Покровский, Г.Ф. Шершеневич и другими крупнейшими цивилистами России второй половины XIX – начала XX века. В советский период исследования институтов обязательственного и договорного права продолжались; издавались труды таких ученых как М.М. Агарков, М.И. Брагинский, С.Н. Братусь, Л.А. Лунц и других. Одним из крупнейших отечественных цивилистов советского периода являлся профессор Ленинградского государственного университета имени А.А. Жданова, ныне – Санкт-Петербургский государственный университет, О. С. Иоффе, который в течение ряда лет возглавлял кафедру гражданского права юридического факультета. В 1958–1965 гг. выходит в свет курс лекций О.С. Иоффе по советскому гражданскому праву в трех томах, который через некоторое время переиздается. В 1975 г. публикуется новое издание его книги *Обязательственное право* (Иоффе, 1975, С. 3–880). Переиздание этого труда осуществлено в 2004 году: (Иоффе, 2004, С. 51–832). Эта книга оказала большое влияние на развитие науки гражданского права, на совершенствование гражданского законодательства и практику его применения. И в настоящее время, несмотря на то, что в результате проведенных в России радикальных преобразований социально-экономический и политический строй в стране изменился коренным образом, книга О.С. Иоффе *Обязательственное право* остается востребованной, используется в учебном процессе в высших юридических учебных заведениях и в научных исследованиях по обязательственному и договорному праву.

3.2 В работах О.С. Иоффе советского периода не могли не получить отражение идеологические и мировоззренческие основы, на которых покоилось советское социалистическое право в целом. Отсюда, с одной стороны, выведение роли и значения отдельных институтов обязательственного права из общих задач и назначения советского государства и права в период, предшествующий неизбежному, как казалось, наступлению „высшей фазы коммунизма", некоторое преувеличение или даже невольное приукрашивание социального воздействия права на состояние общества, экономики и государства. С другой стороны, противопоставление советского права буржуазному праву, акцентирование внимания читателя на преимуществах первого по сравнению со вторым, активная критика правовых теорий, выдвигаемых учеными-юристами капиталистических стран. Однако, предмет исследования – обязательственное право – обладал и обладает такими сущностными качествами, что какие бы конкретно-исторические черты ни привносились в его

сферу, содержательная его материя сохраняет свою сущность и основную структуру, не подвергающиеся воздействию идеологических и политических факторов. Сопоставление того обязательственного права, которое являлось предметом исследования О.С. Иоффе, с тем обязательственным правом, которое существует в современной России, живущей по законам капиталистического мира, дает основание подчеркнуть объективный характер обязательственного права в том смысле, что его институты отражают объективные общесоциологические закономерности и не зависят непосредственно от общественно-политического строя данного государства.

В этой связи, проводя аналогичное сопоставление понятий и категорий юридической науки двух сравниваемых эпох, становится очевидным и относительная объективность научного анализа обязательственного права, выполненного О.С. Иоффе и изложенного в его книге. Сделанные им выводы не утратили значения после реформ и перехода российского государства и права в иное состояние, во многом противоположное социалистическому государству и праву. И объясняется это тем, что обязательственное право социализма и обязательственное право капитализма в своей сути, своей основе, своих основных сущностных элементах есть единое объективное обязательственное право, присущее обществу, экономика которого базируется на товарном производстве и обращении. Институты обязательственного права опосредуют товарный, или иными словами – гражданский, оборот. И какие бы рамки – жесткие с учетом планирования, менее жесткие в период либерализации политического режима или дозволительные при отсутствии всякого планирования – ни вводились для товарного оборота, он всегда опосредуется теми правовыми формами: обязательствами и договорами, которые столь же объективно вписываются в ткань товарного производства, сколь, например, брак и семья составляют имманентные формы человеческих общностей.

3.3 В трудах О.С. Иоффе обязательственное право предстает в своем объективном виде – в том виде, в каком оно существует и при капитализме, и при социализме. Много ли различий обнаружится в обязательствах по советскому гражданскому праву и обязательствах по современному российскому гражданскому праву? Несомненно, они есть. Но насколько они существенны? Обратимся к некоторым примерам. В ст. 472 ГК РСФСР 1964 г. предусматривалась обязанность социалистической организации возмещать ущерб, возникший у гражданина вследствие спасания социалистического имущества. Выделяя эти обязательства в самостоятельный вид охранительных обязательств, О.С. Иоффе подчеркивает их стимулирующую роль: они способство-

вали обеспечению охраны социалистической собственности. В обязательственном праве России нет института обязательств, возникающих вследствие спасания социалистического или какого-либо иного имущества, но это не означает, что ущерб, понесенный лицом при спасании чужого имущества, в настоящее время не подлежит возмещению по действующему гражданскому праву. Правила о возмещении необходимых расходов и иного реального ущерба, понесенного спасателем – лицом, действовавшим в чужом интересе, входят теперь в институт обязательств, возникающих вследствие действий в чужом интересе без поручения (ГК РФ, часть вторая, глава 50-я, ст. 980–989), и сформулированы они с точки зрения основания и предмета обязательства более широко, чем положения ст. 472 ГК РСФСР 1964 г.

В первом издании курса лекций (1961 г.) О.С. Иоффе еще не выделил в самостоятельную группу обязательств обязательства, возникающие из односторонних действий (Иоффе, 1961, С. 3–531). Но это, разумеется, не означает, что таких обязательств при социализме к началу 60-х годов XX века не было. Они, несомненно, существовали, но, вероятно, у О.С. Иоффе тогда еще не накопилось достаточного материала для того, чтобы выявить состав этого вида обязательств и определить их место в системе гражданско-правовых обязательств. Это было сделано им позднее при подготовке издания курса 1975 г. Такие обязательства признаются и российским обязательственным правом (ГК РФ, часть вторая, главы: 56. Публичное обещание награды, 57. Публичный конкурс, 58. Проведение игр и пари).

В обязательствах по кредитованию и расчетам О.С. Иоффе не выделяет такой вид (или разновидность) этих обязательств как финансирование под уступку денежных требований (факторинг), которым ныне посвящена глава 43-я части второй ГК РФ, „Финансирование под уступку денежного требования", ст. 824–833. Причина – в том, что как активная банковская операция факторинг получил широкое распространение только в деятельности коммерческих банков, которые в России стали создаваться лишь во второй половине 80-х годов прошлого века. Но и при социализме, когда кредитование организаций учреждениями Госбанка СССР и Стройбанка СССР жестко планировалось (лимитировалось), в практике имели место случаи выдачи неплановых или, как пишет О.С. Иоффе, нелимитированных банковских ссуд, в том числе и под уступку требований, вытекающих из договорных обязательств. Собственно говоря, и в социалистический период ничто не препятствовало активному и широкому применению факторинга, за исключением лишь одного обстоятельства – идеологической догмы о том, что в отличие от капитализма „социалистическое

хозяйство ведется в целях не извлечения прибыли, а удовлетворения материальных и культурных потребностей всего общества и каждого его члена" (Иоффе, 1975, С. 60). Но именно эта насквозь фетишизированная и лицемерная догма препятствовала активному использованию при социализме факторинга, лизинга, векселя, коммерческой концессии и ряда других институтов и субинститутов обязательственного права, эффективность которых была подтверждена мировым опытом и которые впоследствии получили закрепление в гражданском законодательстве пореформенной России.

К группе обязательств по возмездной реализации имущества О.С. Иоффе относит договор мены, „поскольку и на его основе происходит возмездная реализация имущества", но специально договор мены в курсе О.С. Иоффе не выделяется и не освещается; так как „относящиеся к нему правила изучаются в связи с договором купли-продажи" (Иоффе, 1975, С. 204–205). В ГК РФ договор мены выделен в отдельную главу (глава 31-ая части второй ГК РФ „Мена", ст. 567–571), но ГК допускает возможность применения к договору мены правил о купле-продаже, если это не противоречит специальным правилам о договоре мены и существу мены (п. 2 ст. 567 ГК РФ). Обособленный структурно в ГК РФ от договора купли-продажи договор мены объективно примыкает к нему по своему содержанию и другим конструктивным элементам.

Из легального определения договора дарения, закрепленного в п. 1 ст. 572 ГК РФ, следует, что договор дарения может быть как реальным, так и консенсуальным. Ранее договор дарения являлся только реальным, а обещание сделать подарок в будущем не порождало правовых последствий. „В актах дарения, – пишет О.С. Иоффе, – на первый план выступают не правовые, а чисто этические отношения" (Иоффе, 1975, С. 397). Выдвижение на первое место правовой стороны отношений зависит от самих субъектов. Они вправе закрепить обещание подарка в будущем в договоре. Формулировка п. 2 ст. 572 ГК РФ крайне неудачна, так как само обещание безвозмездно передать кому-либо вещь не является ни односторонней сделкой, ни тем более договором. Договором можно признать лишь обещание будущего дарителя, акцептованное будущим одаряемым. Такой договор, будучи облеченным, согласно п. 2 ст. 574 ГК РФ, в письменную форму, является, естественно, консенсуальным договором. Признание такой возможности ни в коей мере не меняет сущности и природы обязательства, возникающего из договора дарения, поскольку облекаемое в форму консенсуального договора обещание подарить в будущем определенный объект и согласие на его принятие обусловливаются, главным образом, теми же этичес-

кими причинами, которые вызывают к жизни дарение как реальную сделку. При этом надо учитывать, что как реальный, так и консенсуальный договор дарения – это каузальная, а не абстрактная сделка и ее действительность зависит или, по меньшей мере, может зависеть от основания, лежащего именно в моральной, а не правовой плоскости.

3.4 Разумеется, имеются и другие несовпадения в законодательном конструировании отдельных институтов и субинститутов обязательственного права в законодательстве советского периода и законодательстве современной капиталистической России; примеров достаточно много. С позиций действующего законодательства можно не согласиться с некоторыми выводами О.С. Иоффе, но с выводами, основывавшимися на положениях именно того законодательства, которое действовало в социалистический период истории России. Возьмем еще один пример: условие о цене О.С. Иоффе относит к существенным условиям договора купли-продажи; теперь же, исходя из легальных определений договора купли-продажи (п. 1 ст. 454 и п. 1 ст. 485 ГК РФ) и договора поставки (ст. 506 ГК РФ) во взаимосвязи с правилом п. 3 ст. 424 ГК РФ признается, что цена не является существенным условием ни договора купли-продажи, ни договора поставки (см. Лебедев, 2009, С. 410–444). Нельзя в связи с этим высказывать упреки в адрес О.С. Иоффе, ибо его позиция по этому и по ряду других вопросов основывалась на действовавшем тогда гражданском законодательстве. В вопросе о цене как условии возмездных договоров позиция российского законодательства представляется далеко не бесспорной и даже противоречивой. Правило п. 3 ст. 424 ГК РФ является основанием признания заключенными возмездных договоров, в которых отсутствует условие о цене, но в коммерческой практике такие договоры, если и встречаются, то крайне редко, в самых исключительных особых случаях. Это, как правило, так называемые „рамочные" договоры, направленные на координацию отношений между изготовителем-поставщиком и дистрибьютором-покупателем.

Обращает на себя внимание другое, а именно то, что многие положения и выводы О.С. Иоффе сохраняют свое значение и в настоящее время, несмотря на радикальное изменение политической системы, общественного строя и социально-экономических условий Российского государства. В этом и состоит главная составляющая учения О.С. Иоффе – анализ и характеристика обязательственного права как объективно существующей и действующей подсистемы (подотрасли) гражданского права, в своих основных элементах не подвергающаяся воздействию политических и идеологических факторов. Непреходящее значение имеют многие положения книги, относящиеся как к самым крупным по объему и значению вопросам, так и многочисленным частностям и деталям.

4. Сопоставительные выводы, вытекающие из теоретических разработок О.С. Иоффе об обязательствах и договорах

Оценивая положения и выводы, обоснованные О.С. Иоффе, с позиций действующего в настоящее время в России гражданского законодательства и современного уровня юридической науки, можно отметить наиболее значимые из них.

4.1 Существуют определенные методологические принципы, то есть исходные отправные положения, на которых основывается изучение правовых явлений. „Любое правовое явление, – пишет О.С. Иоффе – обладает как юридическим, так и материальным содержанием. Признаки, характеризующие его юридическое содержание, закрепляются в законе. Теория же обязана наряду с юридическими признаками выявить определяющие данное явление материальные факторы, которые цементируют его глубинное содержание и служат объективной основой его правового конструирования" (Иоффе, 1975, С. 8). В то же время О.С. Иоффе предостерегает от смешения экономической и правовой стороны регулируемых отношений, поясняя, что, например, „юридическое значение имеют не цели договора, а его правовые основания" (Иоффе, 1975, С. 33), а цели договора, следовательно, вытекают из экономической стороны отношений. Экономическая и правовая стороны должны учитываться и при классификации, и при характеристике отдельных видов обязательств и договоров.

На основе указанного методологического требования О.С. Иоффе подходит, например, к понятию убытков как формы имущественной ответственности по гражданскому праву. „Речь идет, – подчеркивает О.С. Иоффе, – об убытках не в экономическом, а в юридическом смысле как категории, обосновывающей применение соответствующей меры гражданско-правовой ответственности, всегда являющейся следствием правонарушения" (Иоффе, 1975, С. 100). Методологическое значение имеют и многие другие положения работы О.С. Иоффе, в том числе его подходы к определению понятия гражданско-правовой ответственности, соотношению ответственности и санкции, выявлению состава гражданского правонарушения, установлению причинной связи для любых случаев ответственности и специально – при бездействии, определению вины, установлению оснований ответственности за чужую вину и т.д.

4.2 Единообразное и последовательное применение правовых норм обеспечивается единым пониманием различных явлений окружающего

мира, облекаемых в форму понятий, которые становятся базовыми категориями для правового регулирования общественных отношений. О.С. Иоффе придает первостепенное значение методологии и логике образования правовых понятий. „Всякое научное понятие должно служить цели отграничения охватываемых им явлений от других, смежных явлений. Но явления внешнего мира отличаются друг от друга прежде всего по их содержанию, а юридическое содержание правоотношений образуют права и обязанности их участников. Это означает, что при разработке понятия того или иного договора нужно использовать такие наиболее существенные моменты, характеризующие права и обязанности его контрагентов, которые отличают его от всех других договоров гражданского права" (Иоффе, 1975, С. 207).

В правовой сфере вырабатываемые юридической наукой понятия не могут быть оторваны от положений, содержащихся в правовых нормах. Доктринальные и легальные понятия должны быть сопоставимы, хотя при их формулировании преследуются различные цели и, соответственно, используются различные лексические средства. „Отдельные приемы, используемые для легальных определений, при разработке научных понятий вообще неприемлемы" (Иоффе, 1975, С. 7–8).

4.3 Опираясь на вышеприведенные методологические позиции, О.С. Иоффе формулирует доктринальные определения многих, если не всех, основных понятий, составляющих юридическую ткань обязательственного права:

- понятий общей части обязательственного права: обязательства, договора, непреодолимой силы, обеспечения обязательств, прекращения обязательства, поручительства, зачета и т.д.;
- понятий договора каждого вида, выделяя в доктринальном определении договора те признаки, которые лежат в основании разграничения договоров различных видов; перечисление этих определений охватывает все договоры, входящие в „построенную" (познанную) О.С. Иоффе систему гражданско-правовых обязательств;
- понятий, присущих недоговорным обязательствам: публичного обещания награды, конкурса, неосновательного приобретения или сбережения имущества и др.

4.4 В тех случаях, когда имеется некоторые количество однопорядковых правовых явлений, в задачу юридической науки входит установление разграничительных критериев. В данном случае речь идет об институтах и субинститутах обязательственного права. При характеристике обязательств каждой группы О.С. Иоффе выявляет разграничительные критерии, позволяющие отграничивать обязательства од-

ного вида от обязательств других видов и служащие основанием для квалификации отношений, составляющих предмет гражданско-правового регулирования.

Проделанная О.С. Иоффе работа и в этом аспекте охватывает все виды обязательств, но специально можно отметить установление признаков договора подряда и размежевание подрядного и трудового договоров, отграничение договора подряда от договора купли-продажи, разграничение обязательств по производству работ и по оказанию услуг, обоснование самостоятельности договора экспедиции, отграничение договора экспедиции от договора почтовой пересылки, обоснование самостоятельности договора банковского вклада и т.д.

4.5 В юридической литературе всегда уделялось и уделяется большое внимание системе обязательств. Создается впечатление, что система обязательств – это некий краеугольный камень, лежащий в основании всего нормативно-правового материала, и что расположение отдельных видов обязательств в определенной системе предначертано изначально. Система обязательств может быть построена лишь на основе использования комбинированного классификационного критерия, соединяющего экономические и соответствующие юридические признаки. Что касается критерия систематизации, то, несомненно, что применительно к обязательствам соотношение общего, отдельного и особенного обнаруживает единство и различие отдельных видов обязательств именно в переплетении экономических и правовых признаков. Любой иной критерий классификации обязательств не соответствовал бы действительности и не позволил бы выявить системообразующие связи и зависимости в системе обязательств. Экономическая основа и ее правовая сторона в их переплетении, но с решающей ролью экономических признаков обязательственных правоотношений – вот классификационный критерий, который последовательно применяет О.С. Иоффе при систематизации обязательств. Опираясь на этот критерий, О.С. Иоффе выявляет общие и отличительные признаки близких договорных обязательств, которые имеют единую экономическую основу, но различные правовые признаки.

Что же касается построения и познания системы обязательств, то, естественно, О.С. Иоффе представил ту систему, которая была им выявлена аналитическим путем – путем познания объективно существующей системы обязательств. Уважаемые рецензенты, к сожалению, не поняли, что у О.С. Иоффе речь идет о „построении" научно обоснованной, т.е. идеальной, системы обязательств, которая является результатом исследования („познания") объективно существующей системы обязательств. Но значение подлинно научного познания

в сфере правовой действительности и состоит в том, что научно обоснованные результаты (выводы) не утрачивают своей силы (действенности) и после изменения тех конкретно – исторических условий, при которых они были достигнуты и сформулированы.

4.6 Возможно, читателям покажется странным, что О.С. Иоффе не пишет специально о системе обязательств. Ни в первой части (*Общее учение об обязательствах*), ни во второй части книги (*Отдельные виды обязательств*) нет обоснования всей системы обязательств. Вместо предварительного представления системы обязательств О.С. Иоффе излагает свой подход к рассмотрению отдельных видов обязательств и поясняет, что для того, „чтобы выявить специфику конкретного обязательства, нужно проанализировать ее проявление в таких элементах, как субъекты и объекты, форма и срок, права и обязанности сторон, а также в плановых предпосылках, когда обязательство на них основывается".

О.С. Иоффе не стал давать вводную о системе обязательств в целом потому, что система обязательств представлена всем содержанием его книги, расположением материала и оглавлением. Обоснование системы обязательств и есть ее „построение" в том виде, в каком она предстает в процессе научного познания. Вместе с тем, разработанный им классификационный критерий О.С. Иоффе применяет для определения самостоятельности отдельных видов договоров, особенно в тех случаях, когда вопрос о том или ином виде договоров вызывает споры в юридической науке. Итоговые выводы О.С. Иоффе делает в результате сопоставления договоров, генетически связанных между собой. „Нормам, рассчитанным на регулирование отношений между гражданами, – подчеркивает О.С. Иоффе, – нельзя придавать общее (родовое) значение и распространять их на нормы, которые регулируют отношения между организациями. Это в такой же мере недопустимо, как неправильно считать поставку разновидностью купли-продажи или подряд на капитальное строительство разновидностью обычного подряда" (Иоффе, 1975, С. 672). Столь категорическое утверждение свидетельствует о том, что О.С. Иоффе придает самостоятельное значение тем правовым формам – видам договоров – специфика которых требует специального правового регулирования. В то же время он не отрывает правовую форму от ее экономического основания и поясняет: „Купля-продажа и поставка точно так же, как подряд и подряд на капитальное строительство, – самостоятельные договоры, но первые являются разновидностью обязательств по реализации имущества, а последние – обязательств по производству работ" (Иоффе, 1975, С. 672).

При обосновании самостоятельности договора поставки О.С. Иоффе показывает отличия поставки от купли-продажи, но при этом обращает внимание на то общее, что связывает оба договора: „оба они юридически опосредуют возмездно-денежную реализацию имущества, которая по своей экономической сущности есть не что иное, как купля-продажа". Такое же обоснование дается заемным обязательствам: „По аналогичным соображениям нельзя отказать в самостоятельности займу, непосредственно регулируемому ГК [РСФСР 1964 г.], и банковскому кредитованию (...) организаций. Но это ни в коей мере не препятствует признанию каждого из них разновидностью заемных обязательств в широком смысле выраженного в ст. 269 ГК [РСФСР 1964 г.] родового понятия" (Иоффе, 1975, С. 672–673).

Таким образом, несмотря на наличие особенных, не совпадающих, юридических признаков в договоре каждого вида, составляющем вместе с договором другого вида пару взаимосвязанных по предмету договоров (их можно было бы называть смежными): купля-продажа и поставка, подряд и подряд на капитальное строительство, заем и банковское кредитование организаций, – единство экономической основы смежных договоров обусловливает совпадение их наиболее сущностных правовых признаков: объекта, содержания, цели (направленности на определенные правовые последствия), а это в свою очередь предопределяет совпадение, по крайней мере, в ряде аспектов, правового регулирования соответствующих отношений, что проявляется в наличии некоторого числа правовых норм, распространяющихся на оба из смежных договоров.

Трудно сказать, воспользовался ли российский законодатель выводами О.С. Иоффе в своей правотворческой деятельности, но несомненно одно: виды обязательств сгруппированы в ГК РФ с учетом единства их экономической основы и общности основных правовых признаков. Законодатель прямо называет поставку видом договора купли-продажи (п. 5 ст. 454 ГК РФ), а строительный подряд видом договора подряда (п. 2 ст. 702 ГК РФ), но и договор купли-продажи, и договор подряда определены в ГК РФ не как договоры с участием граждан, а как родовые базовые понятия, что служит основанием для определения состава договорных обязательств каждой группы и дает основания для использования различных приемов юридической техники в целях, как правило, экономии нормативного материала и устранения дублирования одинаковых по содержанию правовых норм.

4.7 В обязательстве каждого вида О.С. Иоффе выделяет юридический и материальный объекты, не всегда отдавая должное волевому объекту обязательства, хотя согласно его концепции в гражданском

правоотношении имеются три объекта: волевой, юридический и материальный. Эта двуобъектность обязательств (волевой объект особого значения для классификации не имеет, поскольку в любом правоотношении волевой объект – это юридическая обязанность обязанного лица – должника) отражает так же, как и критерий, положенный О.С. Иоффе в основание классификации обязательств, две стороны регулируемых отношений: экономическую и правовую.

4.8 К обязательственному праву относятся не только те институты, которые в систематике располагаются в одной плоскости как однопорядковые правовые формы, но и не укладывающиеся в те же логические ряды правовые формы, отражающие различные нетипичные в этом смысле обстоятельства, осложняющие содержание соответствующих правоотношений; такие правовые формы (институты) принято называть (специальными) правовыми конструкциями. Этим конструкциям как особым формам (институтам) обязательственного права О.С. Иоффе уделяет должное внимание. Речь идет, в частности, о конструкциях предварительного и смешанного договоров. Несмотря на то, что, как отмечает сам О.С. Иоффе, действовавшее тогда законодательство прямо не закрепляло каких-либо конкретных предварительных договоров, он выявляет признаки предварительного договора и формулирует его определение как соглашения о заключении договора в будущем.

Не был тогда предусмотрен в законодательстве и смешанный договор, но применение конструкции смешанного договора, как и предварительного договора, было объективно возможным. „При разграничении отдельных видов договоров, – подчеркивает О.С. Иоффе, – в жная роль принадлежит понятиям типа, разновидности и смешанного договора". „Если (...) заключенный договор опосредует два или несколько разнородных отношений и объединяет условия, объективно необходимые для формирования обязательств различных типов, он становится смешанным договором" (Иоффе, 1975, С. 38). Только через тридцать лет доктринальные конструкции смешанного и предварительного договоров получили закрепление в гражданском законодательстве России (п. 3 ст. 421 и ст. 429 ГК РФ). Тем самым, история развития гражданского права в СССР и современной России подтверждает объективный характер обязательственного права, в том числе и тех его элементов (институтов, субинститутов, конструкций), которые в отдельные исторические периоды не получали отражения в законодательстве.

4.9 В советский период социалистическое право всегда противопоставлялось буржуазному праву, но, как правило и в большинстве

случаев, не в каких-либо конкретных проявлениях: институтах, отдельных правовых нормах, а, главным образом, в целом – в общих началах и смысле закона; гораздо реже – в каких-либо конкретных вопросах. Такое же общее противопоставление, как уже указывалось выше, встречается и у О.С. Иоффе. „Буржуазное обязательственное право, – пишет он – в такой же мере подчиняется целям капиталистической эксплуатации, как право собственности, как вообще все институты и отрасли буржуазного законодательства" (Иоффе, 1975, С. 10). „При капитализме, – указывает О.С. Иоффе – закон стоимости имеет всеобщее значение. В сферу его действия включаются или по крайней мере могут быть включены любые ценности. Поэтому такое же всеобщее значение имеет там и договор купли-продажи, посредством которого могут быть реализованы не только предметы потребления, но и средства производства, включая землю, промышленные предприятия, транспорт и т.п. Напротив, при социализме (...) закон стоимости утрачивает всеобщее значение, а потому ограничивается и сфера применения договора купли-продажи, используемого преимущественно для реализации предметов потребления и лишь в сравнительно небольших масштабах для реализации средств производства" (Иоффе, 1975, С. 206).

Теперь положение изменилось и предметом („материальным объектом" по терминологии О.С. Иоффе) договора купли-продажи, заключаемого по свободному усмотрению сторон, могут быть любые вещи, кроме изъятых из оборота или ограниченных в обороте (п. 1 ст. 455 и п.п. 1 и 2 ст. 129 ГК РФ).

Таким образом, при общей преемственности гражданского права России от советского гражданского права произошло определенное смещение акцентов в подходах законодателя к правовому регулированию отдельных видов и разновидностей отношений, смещение в сторону снятия установленных ранее правовых ограничений („общих и специальных запретов") социально-экономических прав и ограничений возможностей осуществления субъективных гражданских прав. Отмена названных ограничений обусловливает восстановление действия всех институтов общей и особенной частей обязательственного права как подсистемы (подотрасли) гражданского права, объективно отражающей динамику товарного производства и обращения вне зависимости от идеологии и политического строя государства.

4.10 Преемственность российского гражданского права от советского гражданского права с определенным смещением акцентов в сторону отмены необоснованных с точки зрения объективного права ограничений проявляется не только в отдельных институтах, но и в исходных, отправных, положениях обязательственного права. На возможности

использования в качестве непосредственного регулятивного материала самых общих положений, лежащих в основании гражданского права, построен институт аналогии.

В социалистическом гражданском праве допускалось применение аналогии закона и аналогии права. Несмотря на огромное количество нормативных правовых актов, советское гражданское законодательство не было беспробельным; по этой причине О.С. Иоффе уделяет повышенное внимание институту аналогии. Само понятие аналогии и условия ее применения были подробно охарактеризованы им в первой части курса гражданского права (см. Иоффе, 1967, С. 72–73, 248, 251). Но и позднее он неоднократно указывает на возможность возникновения правоотношений, не предусмотренных законом и потому регулируемых посредством применения аналогии. „Когда формируется не противоречащее закону, но и не предусмотренное им договорное обязательство нового типа, – пишет О.С. Иоффе, – его нормирование должно осуществляться по аналогии закона или в подлежащих случаях по аналогии права" (Иоффе, 1975, С. 38). Это хрестоматийное положение, своего рода юридическая аксиома, но какое важнейшее методологическое значение оно приобретает в связи с осуществленными в стране радикальными реформами и изменением ее государственного и социально-политического строя! Аналогия права – это применение общих начал и смысла действующего гражданского законодательства. Но каковы же в настоящее время общие начала и смысл современного гражданского законодательства России? Имеются ли в них отличия от общих начал и смысла советского гражданского законодательства? Насколько существенны эти отличия?

Российский законодатель стремился дать ответ на эти вопросы. Пакет самых общих положений закреплен в ст. 1 части первой ГК РФ, название которой – „Основные начала гражданского законодательства" – соответствует назначению первой статьи Кодекса. Дополнительно к „основным началам", означающим в этой взаимосвязи „общие начала" гражданского законодательства, в п. 2 ст. 6 ГК РФ указывается на требования „добросовестности, разумности и справедливости", которые должны учитываться при применении аналогии права. Значение общих начал имеют также и некоторые другие правовые нормы из числа норм, содержащихся в ст. 1–16 подраздела 1. "Основные положения" раздела I. "Общие положения" части первой ГК РФ, главы 1. "Гражданское законодательство" и главы 2. "Возникновение гражданских прав и обязанностей, осуществление и защита гражданских прав".

„Смысл гражданского законодательства" – это направленность правовых норм на установление определенного баланса интересов, а со-

ответственно, и баланса субъективных прав участников гражданских правоотношений. В дореформенный период смысл гражданского законодательства проявлялся в обеспечении приоритета государственных и общественных интересов над индивидуальными (личными, частными). Гражданское законодательство России направлено на обеспечение паритета (равновесия) публичных и частных интересов. Из такого смысла надо исходить при применении аналогии права. Общие начала и смысл современного российского гражданского права (законодательства) соответствуют общечеловеческим гуманистическим традициям, получившим отражение в международных документах, российской Декларации прав и свобод человека и гражданина и Конституции Российской Федерации. В той мере, в какой общие начала и смысл социалистического гражданского права соответствовали общечеловеческим гуманистическим ценностям, они восприняты современным российским гражданским законодательством.

4.11 Определенные изменения в обязательственном праве, как и в гражданском праве в целом, как и в других отраслях отечественной системы права, вызваны изменениями государственного и политического строя России. Изменилась также и практика использования многих институтов обязательственного права. С позиций действующего права некоторые выводы О.С. Иоффе не получили признания и не находят отражения в институтах и нормах обязательственного права и в практике его применения.

В социалистическом гражданском обороте, ограниченном жесткими рамками планирования производства и распределения, отдельные институты и конструкции обязательственного права не находили широкого применения. И такое положение воспринималось юридической наукой как данное. Например, характеризуя залог как способ обеспечения обязательств, О.С. Иоффе пишет, что „в отношениях между организациями нет почвы для широкого использования залога, поскольку им запрещено кредитовать друг друга" (Иоффе, 1975, С. 176). Теперь, поскольку указанный запрет отпал, залог стал наиболее активно применяемым способом обеспечения обязательств в отношениях между коммерческими организациями и банками. Ограниченное применение в гражданском обороте при социализме имели и некоторые другие институты обязательственного права, на что обращается внимание в книге О.С. Иоффе, например, задаток, договор комиссии. Среди форм безналичных расчетов „акцептная форма, – отмечает О.С. Иоффе, – признается преимущественной формой денежных расчетов между организациями за поставленные товары и оказанные услуги" для иногородних отношений. В настоящее время преимущественной формой

являются расчеты платежными поручениями, поскольку по сравнению с акцептом платежных требований они в большей степени обеспечивают права плательщика – владельца денежных средств, находящихся на его банковском счете.

Изменения законодательства захватывают и более общие вопросы. Так, использование различных видов обязательств и договоров социалистическими организациями зависело от их правоспособности, которая являлась специальной, что отмечается О.С. Иоффе. По действующему ГК РФ гражданская правоспособность коммерческих организаций, за исключением государственных и муниципальных унитарных предприятий, по общему правилу, является общей (ч. 2 п.1 ст. 49 ГК), но введение общей правоспособности стало возможным и целесообразным только в связи с переходом к рыночной экономике.

В советском гражданском праве ведущим принципом исполнения обязательств признавался принцип реального исполнения. „Социалистическое гражданское право, – подчеркивает О.С. Иоффе, – в принципе не допускает замены исполнения в натуре денежной компенсацией убытков" (Иоффе, 1975, С. 60); на принцип реального исполнения О.С. Иоффе указывает и при характеристике отдельных видов обязательств: поставки, подряда на капитальное строительство, перевозки и др. Действие этого принципа, так же как и принципа взаимного содействия и принципа экономичности увязывалось с действием социалистических принципов распределения: „от каждого по способностям, каждому по труду", „удовлетворение растущих потребностей советских граждан за счет общественных фондов потребления" и т.п., которые демагогически постулировались идеологической доктриной советского государства.

В обязательственном праве современной России в нормах, посвященных отдельным видам договорных обязательств, предусматриваются обязанности сторон по оказанию взаимного содействия и их права на результаты, достигнутые благодаря экономии, например, в договоре подряда: ст. 710 („Экономия подрядчика") и ст. 718 ГК РФ („Содействие заказчика"); требование об исполнении обязательства в натуре во взаимосвязи с ответственностью за нарушение обязательств предусматривается как общее правило, но только применительно к случаям ненадлежащего исполнения обязательства, – п. 1 ст. 396 ГК РФ. Ограниченный характер действия названных правил не дает оснований признать их принципами российского обязательственного права, поскольку правовые принципы – это такие правовые положения, действие которых простирается на все регулируемые отношения за редчайшими исключениями, в силу чего они носят общий для данной отрасли характер.

4.12 Далеко не все те правовые положения российского гражданского законодательства, которые являются новеллами по сравнению с соответствующими положениями советского гражданского законодательства, играют существенную роль и оказывают заметное воздействие на общественную жизнь, включая правоприменительную практику. Один из примеров в этом аспекте – общие сроки исковой давности. Сокращение сроков исковой давности, установленных в ГК РСФСР 1964 г. для отношений между социалистическими организациями, воспринималось О.С. Иоффе, да и большинством других ученых – цивилистов, как неизбежное явление, отвечавшее потребностям социалистических хозяйственных отношений. О.С. Иоффе рассматривает вопрос о том, „можно ли в отношениях между организациями взыскивать убытки в пределах установленного для этих исков годичного срока исковой давности, если при зачетном характере неустойки истец пропустил 6-месячный срок для ее взыскания" (Иоффе, 1975, С. 166–167). Опираясь на позицию Госарбитража при Совете Министров СССР, О.С. Иоффе полагает, что „при подобных условиях удовлетворение иска об убытках в полном объеме недопустимо, ибо таким способом можно было бы обойти правило о 6-месячном сроке исковой давности, установленном для требований о неустойке, когда взысканная неустойка засчитывается в сумму возмещения убытков". Такой вывод не бесспорен, но дело не в этом, а в том, что установление единого общего срока исковой давности продолжительностью в три года как для отношений с участием граждан, так и для отношений между юридическими лицами (ст. 196 ГК РФ) при всей внешней радикальности этого изменения представляется само собой разумеющимся; не усматривается даже реальной альтернативы этому сроку. Может быть, поэтому указанное законодательное решение не оказало и не оказывает сколько-нибудь заметного влияния на практику установления договорных связей, исполнения обязательств и разрешения экономических споров, возникающих в сфере гражданско-правовых отношений. Но в современном российском законодательстве есть и такие новеллы, значение которых для общественной практики представляется весьма существенным. К числу таких новелл относятся основания ответственности за нарушение обязательства, а именно правило об ответственности лица, нарушившего обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, независимо от его вины (п. 3 ст. 401 ГК РФ).

Вопрос об основаниях ответственности социалистических организаций являлся предметом острой дискуссии в юридической науке. О.С. Иоффе проявляет себя как убежденный сторонник принципа виновной ответственности. „Благодаря вине, – пишет он, – правона-

рушение становится не просто объективно неправомерным фактом, но и выражает определенное отрицательное отношение нарушителя к интересам социалистического общества или отдельного гражданина. На этом, собственно, и зиждется применение к нарушителю мер гражданской ответственности". О.С. Иоффе ведет полемику с теми учеными, по мнению которых ответственность в хозяйственных обязательствах за действия третьих лиц должна строиться как невиновная по принципу несения риска любых случайностей. Если бы подобные предложения были приняты, полагает О.С. Иоффе, „ответственность в хозяйственных обязательствах основывалась бы не на вине, а на причинении, что находилось бы в прямом противоречии с основными принципами ответственности по советскому гражданскому праву".

При социализме на субъектов хозяйственной деятельности не возлагался, по общему правилу, риск ее возможных отрицательных экономических результатов. В отличие от хозяйственной деятельности в том ее понимании, которое вытекало из советского законодательства, предпринимательская деятельность, согласно ее легальному определению, закрепленному в ч. 3 п.1 ст. 2 ГК РФ, носит рисковый характер, вот почему правило о безвиновной ответственности за нарушение обязательства при осуществлении предпринимательской деятельности совершенно адекватно отражает сущность предпринимательства в целом. В тех же случаях, в которых в виде исключения применяется принцип виновной ответственности лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность в каких-либо отраслях экономики, законодательство учитывает и отражает особенности отдельных видов предпринимательской деятельности: ответственность исполнителя за нарушение договора на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских и технологических работ (п. 1 ст. 777 ГК РФ), ответственность перевозчика за утрату, недостачу и повреждение (порчу) груза или багажа (п. 1 ст. 796 ГК РФ) и др. Эти исключения носят объективный, логически обоснованный характер.

4.13 Радикальное изменение условий и осуществленные преобразования не привели к „девальвации" целого ряда теоретических положений обязательственного права, разработанных О.С. Иоффе. Они остаются в силе и в настоящее время. Разве может, например, оспариваться его основополагающее положение о том, что „договор занимает центральное место среди юридических фактов (…) гражданского права, а договорные отношения составляют основную по значимости и подавляющие по численности массу обязательственных правоотношений" (Иоффе, 1975, С. 32–33)?! Это положение, высказанное применительно к советскому гражданскому праву, тем более отражает роль договора в современной рыночной экономике.

Такой же вывод может быть сделан относительно многих других положений, сформулированных О.С. Иоффе.

4.14 В разработанном им учении есть и такие положения, отстаивая которые, О.С. Иоффе как бы предвосхищает развитие отечественного гражданского права в исторической перспективе. Например, рассматривая вопросы об ответственности без вины, в том числе об ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности, О.С. Иоффе допускает возможность введения „обязательного для владельцев техники страхования возможных в процессе ее использования убытков' и в связи с этим поддерживает высказывавшиеся в литературе раньше соответствующие предложения. Закон о страховании ответственности владельцев транспортных средств был принят в Российской Федерации лишь в 2002 г. (Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств. – Федеральный закон от 25 апреля 2002 г. № 40-ФЗ; с послед. измен. и дополн. Собрание законодательства РФ. 2002. № 18. Ст. 1720).

В ходе анализа прав и обязанностей сторон по договору хранения О.С. Иоффе высказывается в пользу применения удержания в случае нарушения обязанности поклажедателем, хотя такой способ обеспечения обязательств советскому гражданскому законодательству был неизвестен. В ГК РФ удержанию посвящены ст. 359 и 360 и теперь этот способ обеспечения находит применение в коммерческой практике.

Излагая порядок заключения договора, О.С. Иоффе проводит различие между офертой (обращением с предложением заключить договор к определенному лицу) и вызовом на оферту, не содержащим существенных условий будущего договора. При этом О.С. Иоффе обращает внимание на особые виды обращений, одни из которых адресованы неопределенному кругу лиц, а другие – ко всем и каждому. „Предложение рассматривается как обращенное ко всем и каждому и имеет силу оферты, если оно может быть в любой момент акцептовано лишь каким-либо одним лицом и снято до поступления нового акцепта', – поясняет О.С. Иоффе (Иоффе, 1975, С. 50–51). Такого рода предложения принято называть публичной офертой. Легальное определение публичной оферты, закрепленное ныне в п. 2 ст. 437 ГК РФ, опирается на те же признаки, которые были названы О.С. Иоффе.

Освещая обязательства, возникающие из договора о совместной деятельности, О.С. Иоффе приравнивает договор о совместной деятельности к договору простого товарищества: последний, как указывает О.С. Иоффе, был закреплен в ГК РСФСР 1964 г. „под новым наименованием", т.е. под названием договора о совместной деятельности.

В связи с этим О.С. Иоффе информирует своего читателя о том, что в ГК РСФСР 1922 г. предусматривалось несколько разновидностей товарищества: простое, полное, на вере, с ограниченной ответственностью, паевое или акционерное, – но „в результате ликвидации частнокапиталистического хозяйственного уклада и утверждения безраздельного господства социалистической системы хозяйства нормы ГК (имеется в виду – ГК РСФСР 1922 г.) относительно перечисленных видов товарищества фактически перестали действовать" (Иоффе, 1975, С. 765). Упоминание о различных формах товарищества, возможно, было вызвано не только желанием довести до читателя интересные историко-правовые сведения, но и чувством сожаления о том, что по названным самим автором причинам эти формы не находили применения в советской действительности после окончания НЭПа (Новая экономическая политика 20-х годов прошлого века).

Изменяются условия, меняются законы, органами законодательной власти государства принимаются все новые и новые нормативные правовые акты, а объективное право как общесоциологическая ценность в своих основных элементах остается неизменным. Все эти выводы, сделанные применительно к общим положениям об обязательствах и договорах, имеют самое непосредственное значение для обязательств и договоров в сфере предпринимательской деятельности.

Биографическая аннотация:

кандидат юридических наук, доцент кафедры коммерческого права Санкт Петербургского Государственного Университета.

Литература

Брагинский, М., Витрянский, В. (2011). *Договорное право. Книга пятая. В двух томах. Том 1: Договоры о займе, банковском кредите и факторинге. Договоры, направленные на создание коллективных образований*. 2-е изд. Москва: Статут.

Брагинский, М. (2007). *Основы учения о непоименованных (безымянных) и смешанных договорах*. Москва: Статут.

Брагинский, М. (1997). *Договорное право: Общие положения*. В. Витрянский (ред.). Москва: Статут.

Договоры в предпринимательской деятельности. (2008). Е. Павлодский, Т. Левшина (ред.). Москва: Статут.

Егорова, М. (2011). *Коммерческие договоры: учеб.пособие*. Москва: Волтерс Клувер.

Занковский, С. (2004). *Предпринимательские договоры*. Москва: Волтерс Клувер.

Илюшина, М. (2011). *Правовой режим сделок в коммерческих отношениях: вопросы становления в доктрине, законодательстве и правоприменительной практике: монография*. Москва: РПА Минюста России.

Иоффе, О. (2004). Обязательственное право. *Избранные труды: В 4 т. Т. III. Обязательственное право*. О. Иоффе (ред.). Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Иоффе, О. (1975). *Обязательственное право*. Москва: Юридическая литература.

Иоффе, О. (1967). *Советское гражданское право*. Москва: Юридическая литература.

Иоффе, О. (1961). *Советское гражданское право (Курс лекций. Часть 2). Отдельные виды обязательств*. А. Юрченко (ред.). Ленинград: ЛГУ.

Иоффе, О. (1958). *Советское гражданское право (Курс лекций. Часть 1). Общая часть. Право собственности. Общее учение об обязательствах*. А. Юрченко (ред.). Ленинград: ЛГУ.

Карапетов, А., Савельев, А. (2012). *Свобода договора и ее пределы (в двух томах). Т. 1: Теоретические, исторические и политико-правовые основания принципа свободы договора и его ограничений*. Москва: Статут.

Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации. Вступ.ст. А. Л. Маковского. (2009). Москва: Статут.

Лебедев, К. (2014). Развитие системы договоров в России на современном этапе. *Гражданское право: вызовы времени: Матер.Межд.науч.конф., посвящ. 70-летнему юбилею д-ра юрид. наук, профессора А.Г. Диденко*. Е. Нестерова (ред.). Алматы: Раритет.

Лебедев, К. (2009). Государственное регулирование и контроль цен на товары. *Коммерческое (предпринимательское) право: учеб.: в 2 т. Т.1. – 4-е изд., перераб. и доп*. В. Попондопуло (ред.). Москва: Проспект.

Лебедев, К. (2002). *Предпринимательское и коммерческое право: системные аспекты (предпринимательское и коммерческое право в системе права и законодательства, системе юридических наук и учебных дисциплин)*. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс.

Олейник, О. (2013). Формирование критериев квалификации предпринимательской деятельности в судебной практике. *Предпринимательское право*, (1), 2–16.

Пугинский, Б. (2008). *Теория и практика договорного регулирования*. Москва: Зарцало-М.

Романец, Ю. (2013). *Система договоров в гражданском праве России: монография*. 2-е изд., переаб. и доп. Москва: ИНФРА-М, НОРМА.

Сарбаш, С. (2005). *Исполнение договорного обязательства*. Москва: Статут.

Степанова, И. (2015). *Недействительность и незаключенность гражданско-правового договора: проблемы теории и практики*. Москва: Проспект.

Шевченко, Е. (2012). *Заключение гражданско-правовых договоров: проблемы теории и судебно-арбитражной практики*. Москва: Инфотропик Медиа.

Zobowiązania i umowy gospodarcze w świetle ogólnej nauki o zobowiązaniach i umowach w prawie rosyjskim

Streszczenie

1) W artykule uzasadniono potrzebę akceptacji instytucji zobowiązań gospodarczych i umów gospodarczych, mimo że ustawodawca nie wyszczególnił tych instytucji jako odrębnych podrozdziałów systemu prawa zobowiązań i prawa umów.

2) Ulokowanie norm dotyczących zobowiązań i umów powstających w związku z prowadzeniem działalności gospodarczej w Kodeksie cywilnym Federacji Rosyjskiej przesądza o możliwości stosowania do nich przepisów ogólnych o zobowiązaniach i umowach. 3) Stanowienie i rozwój ustawodawstwa o działalności gospodarczej we współczesnej Rosji dokonuje się z uwzględnieniem koncepcji wypracowanych przez wybitnych rodzimych cywilistów, jako że u podstawy prawa zobowiązań i prawa umów tkwią przesłanki o obiektywnym charakterze.

Słowa kluczowe: zobowiązanie gospodarcze, umowa gospodarcza, prawo zobowiązań, prawo umów, działalność gospodarcza.

MARTA NAWROCKA

Selected aspects of freedom of contract in Polish and Russian law

Wybrane aspekty swobody umów w prawie polskim i rosyjskim

Summary

Freedom of contract is one of the principles of law that due to its axiological importance differs significantly from other law principles. It has its roots in Roman law, but in different historical periods and socio-economic regimes its importance within the national legal systems of particular countries has been changing. Today, the principle of freedom of contract is an important element of private law (in particular the law of obligations) and it is taken for granted that the legal relations should be shaped freely and only exceptionally be limited. On the other hand, the tendencies to limit the wide application of this principle are being noticed more often and more attention is being paid to the so-called "contractual justice". The article presents selected aspects of the principle of freedom of contract and its development on the basis of Polish and Russian legislation.

Key words: freedom of contract, civil law, contract, legal action.

The term "agreement" is not defined by legal regulations. However, basing on the provisions of the Polish Civil Code (PCC) concerning the conclusion of the contract, it can be assumed that the contract is a type of legal action involving the submission of declarations of intent by at least two par-

ties (Radwański, 1977). In the Civil Code of the Russian Federation (CCRF) in Art. 420, there is a definition of a contract which says that the contracts are the activities involving two or more people who give a consent to the creation, modification or termination of the rights and civil duties. In Art. 154a, the legislator separates the contract agreements, which are the contracts between two and more people (bilateral and multilateral agreements), from transactions, which are legal unilateral actions (Trzaskowski, 2005).

In the Polish legal system, as well as in Russian law, a contract is a legal binding action, between a minimum of two people (Hermalin, Katz and Craswell, 2007). An agreement creates a legal relation between contractors, who, using the autonomy of will, shape the attitude, in order to achieve a certain effect (Kidyba, 2010).

The institution that somehow completes the definition of the agreement is the freedom of contract principle. It is an integral part of the contract, on which the sense of existence of a legal action "agreement" is based. Aside from the exceptions enumerated by law, contractual relations should be based primarily on the regulation of freedom – freedom to form their content and form. It is shown by the wording of Art. 353^1 of the Polish Civil Code and Art. 421 of the Civil Code of the Russian Federation which is more extensive than the Polish provision. Otherwise, the contract concluded and formed under compulsion, understood as a separate legal action and as an institution, would have no rationale. The principle of freedom of contract is the foundation of the existence of the concept of "agreement".

The rules of law are deemed to be carriers of certain values, which led the legislator in the process of creation of legal regulations. They constitute the directive of conduct which can be derived from the legal text. The rule of law generally expresses the values considered to be particularly momentous, and that the legislator considered to be respected (Wronkowska, Zieliński and Ziembiński, 1974). Having received the status of principle, freedom of contracting has been raised to the highest rank. It should be applied generally, and only particularly can be limited.

The question is whether the limits of the freedom of contract principle effectively apply in exceptional circumstances and whether an extremely pejorative connotation of the word "limit" should be always equated with negative consequences for one of the parties.

A contract was called an agreement, which due to the fact that it had a cause, gave the right to implead and which was a consistent statement of intent of at least two parties. *Ius civile* enumerated four categories of actionable contracts which were verbal, casual, literal and consensual contracts. Among them specific kinds of contracts, such as the loan agreement or sales agreement, etc., were enumerated. Although the agreement catalogue was

narrow and limited to a few types of contracts, the way of their conclusion was thoroughly concretised. The manner and form of contract were of great importance, and even the least significant failure caused nullity (Dajczak, Giaro and Longchamps de Berier, 2011).

In the classical period there was a rule of Contract Nominalism, while freedom of contract principle has been formed in Roman law since the time of Justinian. Then the institution of unnamed contracts (*contractus innominati*) was introduced; initially un-actionable which has changed over time. The reason for departing from formalism and limited possibilities in free development of legal relations was the development of the economy and willingness to make the conclusion of contract more flexible and familiar, which resulted in acceptance of the introduction of new forms (Dajczak, 2012).

With time, further categories of agreements, collectively known as *pacta,* appeared and were not included in named contracts. They were called "bare agreements" because they had no legal protection, constituted an informal promise that could not be claimed in court. Regardless of the type of a contract, there were restrictions made due to public law, individuals or public morals (Trzaskowski, 2005). It can be assumed that although the freedom of contract principle did not apply in Roman law, that period marked the beginning of the development of institutions that we can observe in subsequent history.

In the Middle Ages, the canonists influenced further development of the freedom of contract principle by promoting the patterns of holding promises on moral grounds. The restrictions on forming relations because of good manners (and morality) and the law have been maintained (Dajczak, Giaro and Longchamps de Berier, 2011).

Full reflection of the freedom of the contracting principle occurred in the eighteenth and nineteenth century. The reason for the changes was not only the rapid economic development, which took place at the time, but also the emergence of philosophical concepts such as economic liberalism. Liberals believed that the entirety of the processes should be controlled by the "invisible hand of the market", and any polity interference should occur only in exceptional circumstances.

Thus, the conclusion of contracts as one of the key ways of forming legal relations should be, possibly, most unfettered. During this period there has been a shift towards the right of personal liberty and noticing the right to respect the autonomy of will. Both ideas made the principle of the freedom of contract gain the fullest voice (Radwański, 1977).

German historical school stood in opposition to the legal and natural concept of forming legal relations, instead promoting legal positivism, which formally stopped forming commitments only on the basis of autonomy of

will of the parties, and the basis for legal existence made subordinate to the applicable law (Radwański, 1977). Although in modern law this principle still works and is an essential element for the formation of commitments especially under private law, it is no longer applied in as full and unrestricted way. More attention is paid to the so-called "contractual justice" which is seen, among others, in the form of inadmissibility of exploitation of the weaker party by nature, for example, by using their forced situation, lack of life experience or infirmity and develops directories of contractual illegal activities, etc. (Ruling of the Supreme Court of the Republic of Poland October 11, 1973, I PR 388/73). The introduction of restrictions is the result of enormous technological progress and further related economic changes that led to the denial of the essence of freedom of contract. Although it was supposed to be a guarantor of the principle of equality and autonomy of the parties, it stopped fulfilling its assumption. The reason is the functioning of strong entities in the market economy that are able to impose the patterns of contracts that are more favorable to them than to the weak and inexperienced parties.

Having established new institutions, the disparity between contractors became apparent. Standard contracts or adhesive agreements, which, in fact, restrict the freedom of forming the content of legal relations, are more often applied.

On the other hand, today's economy should be taken into consideration as it enables concluding more various agreements due to the wide range of goods and services. Because of this, it would be impossible to construct standard contracts for all existing and future agreements. It is important to also clarify the extension of entities – potential contractors who will be willing to participate in activities in the market. It just shows that the freedom of contract is necessary for the existence and development of markets for products and services, as it facilitates and accelerates processes which function there.

However, it seems necessary to introduce restrictions. For the modern economy and taking the character of market into consideration, the above limitations may not be possible to remove, and even are necessary to ensure a smooth, efficient turnover.

The principle of freedom of contract in the Polish law, was expressed in Art. 353^1 of the PCC which states that "the parties concluding agreement, may lay the legal relationship at their discretion, as long as its content or purpose does not contradict the properties (the nature of) attitude, the law or the rules of social coexistence".

So the freedom of contracting touches only contractual relations arising from the contract, and not from any other legal relations (Rzetecka-Gil, 2011).

The freedom of contract principle was expressed directly in Polish law for the first time in Art. 55 of the Code of Obligations from 1933. The contents of the provision proposed in the Act, were very similar to the present contents of Art. 353^1 of the PCC ("contracting parties may arrange their relations at their discretion, provided the content and purpose of the contract are not contrary to public policy, law or good morals"). The freedom of contract principle, which was based on the Code of Obligations, had a very large matter (Longchamps de Berier, 1934). This approach changed with the initiation of the general provisions of the Civil Code in 1950. This act did not already contain an explicit reference to the principle of freedom of contract, and a part of its doctrine showed its deep limitations associated with the contemporary socio-economic system and the principle of planning.

The freedom of contract principle in the Civil Code of 1964 was considered to be valid, despite the fact that just as in the 1950 Act, it was not formulated in a particular provision (Czachórski, 1970a).

In Zwod Zakonov Act from 1835 (which was also in force in Polish territories), functioned the freedom of contract principle. In Art. 1568 point b and Art. 568 volume X of the first part, it was indicated that entities can create the contract if their purpose will not be in contrary to the law, morality and public order. In Soviet times, there have been profound changes. The initiation of the planned economy and opposition to the idea of freedom of contracting led to the rejection of the possibility of free law relations creation (Czachórski, 1970b). In the civil codes of the RSFSR (Russian Soviet Federative Socialist Republic) from 1922 and 1964 autonomy of will is almost completely displaced and there are no references to the freedom of contract principle. In 1993 the Constitution of the Russian Federation proclaimed economic freedom, which was considered as the constitutional principle of the Russian law, and the Constitutional Tribunal pointed out that the freedom in creating contractual relations, is the most important manifestation of this freedom (Карапетов and Бевзенко, 2014). The new Civil Code of the Russian Federation from 1994 already directly expresses the principle of freedom of contract, however, only an amendment of CCRF which entered into force on 14th of March, 2014, raised it to the rank of the fundamental principle of private law and has further strengthened the autonomy of will of the parties.

The principle was created *expressis verbis* only in the current Civil Code in Art. 353^1, which was meant to emphasize its unique character and restore the lost meaning.

The literal wording of Article 353^1 indicates the freedom of forming only the content of the agreement including the nature of the relation and rules of social coexistence, which is not always understood strictly as it is stated in

the regulation. It was assumed that the distinction of understanding of the freedom of contract is made wider or narrower (Radwański, 1977). The meaning of the narrower principle concerns the freedom of forming only the content of relations. However in the wider sense, the principle also includes the freedom of the conclusion of contracts, their changes and termination, taking decisions about the form of contract and choice of contractors (Radwański and Olejniczak, 2008). The freedom of contracting also includes the freedom to create abstract operations. The principle is that the parties are not bound with contracts that have been created in the act. Moreover, they can use them in such a form, but they can also modify them, and combine different elements (mixed contracts) (Ruling of the Supreme Court of the Republic of Poland April 28, 1995, III CZP 166/94) or conclude an unnamed contract (Ruling of the Supreme Court of the Republic of Poland November 6, 2002, I CKN 1144/2000).

The Civil Code of the Russian Federation in the Art. 1, paragraph 1 indicates that civil law is based on the equivalence of entities (parties), which can freely form the relations among each other. Placing the freedom of contract at the very beginning of the Act indicates its importance and recognizes it as the basis for entering contracts. Art. 2 states that the civil law governs the legal relations arising from contractual obligations taking into account the autonomy of will of the parties having equal status.

The freedom of contracting is mentioned in the Article 421 CCRF. First of all, it recognises the freedom of the parties in creating the relations between them, and the compulsion to enter agreements is forbidden, except when required to conclude the agreement envisaged by the law or the voluntary commitment of the party to this relation.

Apart from that, it is permissible to conclude any agreement, but only when it is not inconsistent with applicable law. Terms and conditions can be formulated on the basis of a statutory model or freely, taking into account compliance with other legislative acts (Егоров and Сергеева, 2006).

Going further, it is allowed to conclude any agreement but it cannot be inconsistent with applicable law (sources of universally binding law). Terms and conditions of contract can be formulated on the basis of a specific statutory model (named), mixed, or freely (unnamed contracts) with regard to compliance with other legal acts. This provision is understood broadly, because the parties have freedom to conclude contracts, to modify its content, or to choose a counterparty (Егоров and Сергеева, 2006).

When comparing the principle of freedom of contract formation in both regulations, it can be noted that Article 353^1 of the PCC states the conditions of the formation of the contract. The only limitation, which is made in relation to the development of legal relations by the contract is the necessity of

compatibility with the nature of their relationship, the laws and rules of social intercourse. Article defines the limits of freedom of contract which in the Russian act were transferred to the separate article and limited only to non-compliance with the applicable law.

Art. 353^1 PCC is narrowly formulated, *expresis verbis* expresses only the freedom of forming the content, while Art. 421 CCRF regulates this principle in broader sense. It indicates what the freedom of concluding contracts specifically concerns, and draws attention to the uniqueness of obligatory conclusion of contracts, which is not mentioned in Polish law (Егоров and Сергеева, 2006).

As any rule of law, the freedom of contract principle is not absolute (Kidyba, 2010). Although in both regulations it is defined in a positive way and its scope is wide, it experiences many limitations. In Polish legal regulations the boundaries of freedom of contracting are defined by acts, rules of social interaction, and the nature of contract, as well as by the purpose of contract (which must be intentional or known) (Ruling of the Supreme Court of the Republic of Poland March 26, 2002, III CKN 801/2000), the impossibility of performance that is expressed by latin paremia "*Impossibilium nulla est obligation*" (Radwański and Olejniczak, 2008), and also when a contract was concluded in the conditions of exploitation.

The restrictions of this principle can be divided into 1) resulting from the protection of the individual, and the social interest, and 2) resulting from the existing institutions which, by definition, make restrictions on the freedom of contracting (Trzaskowski, 2005). First, although it constitutes the restriction on the freedom of agreement, is a structure that supports the weaker party of contract. It is meant to equalise the position of the counterparties, leads to fully respect the autonomy of will and is also a kind of State interference. The second category of restrictions are institutions such as: standard contract, adhesion contract and general conditions of the agreement, which result in real constraints (in particular, as to the content) made by the stronger party, to the detriment of the weaker partner. The most common restrictions are those concerning the form of the contract. Art. 343 CCRF shall require the adoption of a particular form of the contract if the action requires it. Especially Art. 8, 1c CCRF requires the particular form, which indicates that if the transaction is subject to registration and concerns the property rights on the real estate, the contract should be in a form of a notarial deed. Similar restriction exists in the Polish law, e.g. Art. 158 in conjunction with Art. 73 PCC, which provides for the transfer of the real estate the form of notarial deed. Imposing a specific form, and limiting the freedom of its choice by contractors in transactions related to the transfer of real estate is dictated by the possibility of better control of the polity over the state of

property and greater safety of the turnover for the parties themselves. As the scope of the freedom of contract includes an element of autonomy in choosing a contractor, there are some restrictions which impose an obligation or inability to conclude an agreement with particular contractors.

Common to both regulatory institutions is the pre-emptive right regulated in the Polish Civil Code and Particular Laws (*inter alia* Real Property Economy Act; Act on forming the agricultural system – Ustawa o gospodarce nieruchomościami; Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego). Art. 250 CCRF states an identical institution. The PCC states the primacy of the entity designated by the act to purchase a certain thing in case the owner wanted to sell it to the third party. Selling items to the third party may take place provided that the entity authorised to the pre-emption does not wish to exercise their rights. The pre-emptive right can come from acts or be included in a contract (statutory, contractual pre-emptive right) (Górecki, 2002). The regulation included in Art. 250 CCRF is similar to the Polish one; it expresses the same axiological justification. However *expressis verbis*, it indicates that the pre-emptive right concerns only real estate and co-owners are entitled to exercise this right only when one of them is going to divest oneself of their share. Limitation, which sustains the freedom of contract principle in the presented entitlement to pre-emption of staff, has its justification in the protection of public interest holders, especially in maintaining a legal status that is comfortable for them, without changing their desired situation, in which they have remained until now (Górecki, 2002). That crucial role of this institution is the control of the polity over trade in property and ordering the property relations. However, the basic role of this institution is the state control over the trade in property and the ordering of ownership relations (Górecki, 2002).

Limiting the choice of a contractor follows also from the content of bank guarantee contracts regulated in Art. 81 of the Bank Law Act (Ustawa prawo bankowe) and Art. 368 CCRF, its equivalent in Russian law. Bank guarantee agreement is an obligation of a bank (the guarantor) to pay the beneficiary the guarantee – a specific amount of money (security deposit) when the principal of guarantee for which it was issued fails to fulfil its obligations.

Art. 80 of the Polish law says that only the bank has the right to conduct economic activity based on providing bank guarantees. In Art. 4 it is questionable for the doctrine whether non-banking entities can be allowed to provide bank guarantees or not. As indicated by Zoll et al., institutions other than banks cannot conduct business of issuing bank guarantee (within the meaning of the Bank Law Act). It is allowed, however, to guarantee the same content as the bank guarantees by these entities, but it is not regarded as a bank guarantee. In other word, institution, which is not a bank can give

a usual guarantee which is not treated as a bank guarantee, even if it has the same content (Zoll, 2005).

Art. 368 CCRF extends the scope of guaranteeing stating that in addition to the bank, „other credit institution" or „insurance institution" can become the guarantor.

Any person can be a beneficiary if she or he is a creditor or an ordering party and has no obligation to designate a beneficiary of guarantee. This means that the bank guarantee may be issued on the bearer (Егоров and Сергеева, 2006).

The legislator also puts different requirements in relation to the form of contract. In many countries, including the Russian Federation, a tacit acceptance of an offer is sufficient, which in practice means providing notice to the beneficiary of the guarantee letter (Егоров and Сергеева, 2006). In Polish law, a written form of contract is obligatory in order to be valid (Zoll, 2005).

One of the limitations of the freedom of contract principle in relation to the freedom of conclusion of the contract, and at the same time a regulation differing in the systems of law mentioned here, is the institution of real property insurance which is a mortgage.

Art. 343 CCRF indicates the obligatory insurance of the property on which the mortgage is established. Such property insurance is one of the conditions that must be met for the protection, preservation and maintenance of the mortgaged property. Insurance against the risk of loss or damage to the property should be set up in the full value (Егоров and Сергеева, 2006). Polish law knows the institution that was cited above, but it does not result from the law as it happens in Russian legislation. It is rather the result of practice created by banks. None of the applicable acts expresses the obligatory insurance, although such practice exists in banks which offer mortgage loans and require such a form of security. Restriction of freedom of contract in these situations has a large size, as in the establishment of the mortgage the entity is obliged to make an insurance contract.

The content of the agreement is also significantly formed by banks, because of frequently used standard contracts.

On the other hand, the obligatory insurance has deep axiological grounds. It gives the contractor a guarantee that real estate, which constitutes security for his debts will be able to perform this function, it will be physically intact.

A significant restriction, in relation to the content of agreement, and often in relation to the contractor, arises from the commonly applied standard contracts, adhesion contracts and other agreements regulations of which have been established by one of the parties. Such agreements are often pre-

pared by a professional who has a dominant position on the market which may lead to certain abuses of power. In the legal relations created in this way, inequality between contractors usually appears. The weaker party has no choice and is forced to join the proposed agreement, not necessarily fully beneficial for it. These institutions are listed in both systems of law, in Art. 428 CCRF and Art. 384 PCC. The use of standard contracts, however, is a method of forming contracts that is nowadays difficult to avoid. Economic considerations make it an easier, faster and cheaper model of the conclusion of the contract, due to the mass character of the market for services and goods.

Freedom of contracting is an institution inherent in any kind of operating named contracts, but it is also self-existent and gives the opportunity to form the legal relation of self-concept.

It is a guiding principle, necessary in democratic countries where economic freedom and easiness are valued. From a practical point of view it is necessary in trade, which explains why the principle dates back to Roman times. However it is not an absolute applied principle. There is a number of exceptions, which as the rule itself, are necessary for the proper and smooth functioning of the modern economy.

Although these restrictions may seem harmful for one of the contractors, they have their good and bad sides. It should be noted that the restrictions are assigned mainly due to the need to protect the weaker party and, in fact, their goal is to level the chances so that the contracts are concluded because of the autonomy of will, of which the freedom of contract is the basis. They are also aimed at securing the legal turnover and control the market. It can be considered a paradox that the principle of freedom of contract is restricted so that the assumptions which it represents are fully respected and fulfilled.

There are also market institutions which restrict the freedom of contracting too much. They fail to give the contractor the choice of contract, put unfavourable conditions, but without them, entering into transactions would be significantly restricted, or even impossible. Therefore, it is difficult to negotiate every contract which is concluded in the daily trade. It takes time, causes additional complications and requires financial expenditure. Although they are often associated with negative consequences for the contractor, negotiations of contract terms that are used by the parties are meant to facilitate and accelerate these procedures.

Biographical reference:

Author is a student at Adam Mickiewicz University (Law Faculty and Faculty of Biology).

References

Czachórski, W. (1970a). *Prawo zobowiązań w zarysie.* Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Czachórski, W. (1970b). *Przebieg prac nad kodyfikacją prawa cywilnego PRL.* Warszawa: Studia Prawnicze.

Dajczak, W. (2012). *The Nature of the Contract in reasoning of Civilian Jurists.* Poznań: Wydawnictwo Naukowe UAM.

Dajczak, W., Giaro, T., Longchamps de Berier, F. (2011). *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego.* Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Егоров, Н., Сергеева, А. (2006). *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть первая.* Moscow: Издательство Проспект.

Górecki, J. (2002). *Prawo Pierwokupu.* Kraków: Zakamycze.

Hermalin, B., Katz, A., Craswell, R. (2007). Contract Law. In: S. Shavell, M. Polinsky (eds.), *Handbook of Law and Economics* (3–138). North-Holland.

Карапетов, А., Бевзенко, Р. (2014). *Комментарий к нормам ГК об отдельных видах договоров в контексте Постановления Пленума ВАС РФ „О свободе договора и ее пределах".* Moscow: Вестник ВАС РФ.

Kidyba, A. (2010). *Kodeks Cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*. LEX/el.

Longchamps de Berier, R. (1934). *Uzasadnienie projektu kodeksu zobowiązań z uwzględnieniem tekstu kodeksu: Art. 1–167 ostatecznego.* Warszawa: Wydawnictwo Urzędowe Komisji Kodyfikacyjnej.

Radwański, Z. (1977). *Teoria umów.* Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.

Radwański, Z., Olejniczak, A. (2008). *Zobowiązania – część ogólna*. Warszawa: C.H. Beck.

Rzetecka-Gil, A. (2011). *Kodeks cywilny. Komentarz. Zobowiązania – część ogólna*. LEX/el.

Trzaskowski, R. (2005). *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych.* Kraków: Zakamycze.

Wronkowska, S., Zieliński, M., Ziembiński, Z. (1974). *Zasady prawa: zagadnienia podstawowe.* Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Zoll, F. (ed.) (2005). *Prawo bankowe. Komentarz. Tom I and II.* Kraków: Zakamycze.

Wybrane aspekty swobody umów w prawie polskim i rosyjskim

Streszczenie

Swoboda umów jest jedną z zasad prawa wyróżniającą się szczególną doniosłością aksjologiczną na tle innych zasad prawnych. Ma ona korzenie w prawie rzymskim, jednak w różnych okresach historycznych i ustrojach społeczno-gospodarczych jej znaczenie, w obrębie systemów prawnych poszczególnych państw, ulegało zmianom. Współcześnie zasada swobody umów jest istotnym elementem prawa prywatnego (w szczególności prawa zobowiązań) i przyjmuje się za oczywiste, że stosunki

prawne winny być swobodnie kształtowane i wyjątkowo tylko podlegać ograniczeniom. Z drugiej strony coraz bardziej widoczne są tendencje do ograniczania tak szerokiego jej stosowania, a większą uwagę zaczyna się zwracać na tzw. „sprawiedliwość kontraktową". W artykule przedstawiono wybrane aspekty zasady swobody umów i jej rozwój na gruncie polskiego i rosyjskiego ustawodawstwa.

Słowa kluczowe: swoboda umów, prawo cywilne, umowa, czynność prawna.

АННА ВАСИЛЬЧЕНКО

Проблемы теории обязательства в труде М.М. Агаркова

Problemy teorii zobowiązania w pracy M.M. Agarkowa

Резюме

В статье рассматриваются концептуальные выводы и положения, содержащиеся в труде *Обязательство по советскому гражданскому праву*, автором которого является классик российской цивилистики, профессор Михаил Михайлович Агарков. В рамках статьи осуществлен обзор результатов исследования, посвященного элементам структуры обязательства, а также определению места обязательственного правоотношения в системе правоотношений в целом.

Ключевые слова: гражданское право, обязательство, структура, правоотношение, система.

Общие положения

Исследования теоретических проблем одного из ключевых понятий гражданского права *обязательства* – не теряют своей актуальности с течением времени, причем теория здесь непосредственно связана с практикой, ведь результаты научных изысканий в конечном счете позволяют совершенствовать нормативно-правовое регулирование обширной сферы обязательственных правоотношений. Такой объект

не оставался без внимания представителей науки российского гражданского права независимо от исторического периода – будь то дореволюционная, советская или постсоветская Россия, что позволило сохранить и укрепить традиции научных исследований. Одним из представителей плеяды классиков отечественной цивилистики является Михаил Михайлович Агарков, центральный труд которого – *Обязательство по советскому гражданскому праву* (Агарков, 1940) – безусловно, составляет золотой фонд произведений отечественной правовой науки.

В рамках указанного исследования М.М. Агарков подвергает всестороннему и полному рассмотрению как основные элементы обязательства в статике, так и специфические черты, которые свойственны обязательству в динамике (возникновение, изменение и прекращение обязательства). Автор труда дает собственные ответы на главный вопрос о том, какое место занимает обязательство в системе правоотношений, и на сопутствующие вопросы о разграничении абсолютных и относительных, а также вещных и обязательственных правоотношений. Далее предлагаем сосредоточить внимание на идеях решения указанных фундаментальных проблем, возникших в свете изучения статичных элементов структуры обязательства (нисколько не умаляя при этом значения выводов, изложенных в той части исследования М.М. Агаркова, которая посвящена динамике обязательственного правоотношения).

Обязательство как относительное правоотношение

Автор определяет обязательство как „гражданское правоотношение, в силу которого одно лицо (или несколько лиц) имеет право требовать от другого лица (или нескольких других лиц) совершения определенного действия либо воздержания от совершения какого-либо действия" (Агарков, 1940, с. 13) и обращает внимание на трехзвенную структуру обязательства, включающую в себя субъекты, объект и содержание обязательства.

М.М. Агарков также рассматривает обязательство как относительное правоотношение, где одной из сторон принадлежит право требования, а другой – соответствующая этому праву обязанность (Агарков, 1940, с. 19). Проблема разграничения абсолютных и относительных правоотношений тесно связана с проблемой определения объекта права, и такая связь не была оставлена без внимания исследователем. Автор труда одним из первых советских цивилистов систематизировал

и подверг обоснованной критике мнения зарубежных ученых об объекте права, среди которых теория о господстве субъекта над объектом права и теория двойственного объекта права.

Так, существенные критические замечания касаются, прежде всего, теории „господства" субъекта „над чем-то, вне его находящимся", т.е. объектом права, который, в свою очередь, может быть представлен вещью или поведением обязанного лица. Говоря о господстве над вещью, автор аргументирует критику тем, что господство над вещью „есть явление чисто фактического порядка, к тому же само по себе оно лишено свойств общественного, а следовательно, и правового отношения" (Агарков, 1940, с. 21). В полемике со сторонниками теории господства над поведением обязанного лица приводится довод о том, что „поведение человека неотделимо от самого человека" (Агарков, 1940, с. 21), а человек – субъект права, а не его объект.

Автор также составляет оппозицию Бирлингу (Bierling), развивавшему теорию двойственного объекта права. По Бирлингу, в правоотношении существует объект первого рода (поведение обязанного лица) и объект второго рода (вещь). М.М. Агарков указывает, что в рамках приведенной теории невозможно провести разграничение между абсолютными и относительными правоотношениями, т.к. и в абсолютном, и в относительном правоотношении имеет место наличие как объекта первого, так и объекта второго рода. Например, абсолютное право собственности предусматривает соответствующую обязанность неограниченного круга лиц воздерживаться от какого-либо посягательства на вещь; в свою очередь, в относительном правоотношении, возникающем из договора купли-продажи, также присутствуют объекты первого и второго рода (продавец выполняет обязанность по передаче вещи).

М.М. Агарков предлагает в итоге считать объектом права „только то, на что направлено поведение обязанного лица, прежде всего вещь", а поведение же обязанного лица, для которого „характерны те или иные признаки (передача вещи, уплата денег, производство определенной работы, воздержание от посягательства на вещь, воздержание от издания чужого литературного произведения и т.д.), называть содержанием правоотношения". При этом необходимо обратить внимание на то, что содержание правоотношения характеризует не только то, что должен (или не должен) делать пассивный субъект, но и то, что может требовать активный субъект (Агарков, 1940, с. 23). Заметим, что в труде М.М. Агаркова есть особое указание на то, что нельзя ограничивать круг объектов прав только лишь вещами: „в обязательствен-

ных правоотношениях действие (или воздержание от действия), составляющее содержание обязанности должника, может и не быть направлено на объекты тех или иных абсолютных прав".

Рассуждая таким образом, исследователь делает вывод, поддержанный впоследствии не только на уровне доктрины, но и на законодательном уровне – в качестве объекта правоотношения могут выступать не только вещи, но и права, при этом права как объект обязательственного правоотношения предусматривают возможность распорядиться ими. Такое положение было воспроизведено и в современном российском гражданском законодательстве. Так, в соответствии с положением ст. 128 ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации, далее: ГК РФ) „к объектам гражданских прав относятся вещи, включая наличные деньги и документарные ценные бумаги, иное имущество, в том числе безналичные денежные средства, бездокументарные ценные бумаги, имущественные права (…)". Говоря о возможности распоряжения правами как объектом, М.М. Агарков ставит вопрос о том, что возможно, „правильно было бы считать объектами в гражданском праве лишь то, в отношении чего возможны акты распоряжения". Однако, такой подход в современных условиях может быть не вполне оправдан, т.к. повлечет определенные проблемы, связанные с определением места нематериальных благ в системе объектов гражданских прав.

Решая, в свою очередь, поставленный вопрос о разграничении абсолютных и относительных правоотношений, автор закладывает в основу такого разграничения не количественный критерий (в таком случае предлагается абсолютным считать правоотношение, в котором участвует множество пассивных субъектов, а относительным – правоотношение, для которого характерно наличие одного или нескольких лиц), а критерий качественный. В соответствии с таким критерием разграничение возможно провести, ответив на вопрос о том, определен ли круг лиц в отдельно взятом правоотношении. Так, для абсолютного правоотношения характерен неопределенный круг лиц, а для относительного – определенный (причем сторона в относительном правоотношении может быть представлена как одним определенным лицом, так и несколькими определенными лицами).

В то же время, обязательственное правоотношение не является единственной разновидностью относительного правоотношения. Относительные правоотношения имеют место и в семейном праве – М.М. Агарков приводит в качестве примера обязанность родителей воспитывать своих детей и заботиться об их здоровье. Однако, можно ли

говорить о том, что данное правоотношение является обязательственным? Исследователь отрицательно отвечает на этот вопрос, подчеркивая при этом, что отношения между членами семьи носят особый характер, в основе этих отношений отсутствует имущественный интерес, следовательно, эти правоотношения относительные, но не обязательственные.

Различия вещных и обязательственных правоотношений

В труде М.М. Агаркова *Обязательство по советскому гражданскому праву* находит воплощение успешная попытка определить качественные различия между вещными и обязательственными правами.

Автором была выявлена важная закономерность, в соответствии с которой основание возникновения правоотношения будет в различной степени влиять на характер правоотношения в зависимости от того, вещным оно является или обязательственным. Так, для вещного правоотношения указание на основание возникновения правоотношения не является необходимым для его индивидуализации – „для защиты права собственности на какую-либо вещь вопрос о том, как возникло это право – из договора ли продажи, дарения, другим ли способом – может не иметь никакого значения" (Агарков, 1940, с. 24). То есть для индивидуализации вещного правоотношения необходимыми и достаточными являются следующие элементы: указание на существо права, указание на активный субъект, указание на индивидуально-определенный объект. В случае с обязательственным правоотношением, напротив, индивидуализация не возможна без указания на основание возникновения правоотношения. Более того, основание возникновения обязательственного отношения не просто позволяет его индивидуализировать, но и определяет его характер. Следует отметить, что М.М. Агарков не только выделил критерий разграничения вещных и обязательственных прав, но и создал собственную оригинальную модель индивидуализации обязательства, имеющую практическое значение.

К выводу о следующем качественном различии вещного и обязательственного правоотношения М.М. Агарков приходит, руководствуясь тезисом о необходимости рассматривать обязательство как относительное правоотношение: „Вещные (и другие абсолютные) пра-

ва направлены против всякого и каждого и поэтому могут быть нарушены всяким и каждым (неопределенным кругом лиц). Обязательственное отношение существует между определенными лицами, и поэтому права кредитора (или кредиторов) могут быть нарушены лишь должником (или должниками)" (Агарков, 1940, с. 26). Осознавая некоторую уязвимость такой позиции для критики, автор приводит пояснение и предлагает тем самым разграничивать два разных правоотношения: „а) отношение между кредитором и должником (нарушение возможно лишь со стороны должника) и б) отношение между кредитором и всяким и каждым (нарушение возможно со стороны всякого и каждого). В первом случае мы будем иметь обязательственное правоотношение, во втором – особое абсолютное правоотношение" (Агарков, 1940, с. 26).

Очередное различие обязательственного и вещного правоотношения заключается, по мнению М.М. Агаркова, в том, что вещному праву присуще право следования, которое не характерно для обязательственного права.

В качестве следующего признака, позволяющего провести разграничение, предлагается рассматривать характер содержания правоотношения. Автор выделяет положительное и отрицательное содержание правоотношений. Положительное содержание предусматривает обязанность совершить какое-либо действие, а отрицательное – воздержаться от какого либо действия. Для абсолютных правоотношений положительное содержание не характерно: „Требование положительных действий может появиться у субъекта абсолютного права лишь в результате нарушения абсолютного права кем-либо из обязанных лиц. Наоборот, содержание обязательственного правоотношения может заключаться в праве требовать от должника совершения какого-либо действия, так и в праве требовать воздержания от совершения определенного действия" (Агарков, 1940, с. 28).

Подводя итог, отметим, что в рассмотренном труде М.М. Агаркова *Обязательство по советскому гражданскому праву* содержатся выводы и положения, которые не утратили со временем своего значения и по-прежнему представляют интерес для современных цивилистов. Уникальность исследования состоит в его многогранности – профессор Агарков рассмотрел проблемы, которые в данной статье не были затронуты: вопрос о значении индивидуальной определённости вещи в вещных и обязательственных правоотношениях; о порядке применения норм обязательственного права; о надлежащем исполнении обязательств и ответственности за неисполнение. Сам профессор Агарков

назвал обязательство „живым развертывающимся отношением" и считал, что его изучение способствует „выяснению сущности гражданского права" (Агарков, 1940, с. 170).

Биографическая аннотация:

аспирантка Юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

Литература

Агарков, М. (1940). *Обязательство по советскому гражданскому праву*. Москва: Юрид. изд-во НКЮ СССР.

Problemy teorii zobowiązania w pracy M.M. Agarkowa

Streszczenie

W artykule omówiono konceptualne wnioski i tezy zawarte w dziele *Obiazatielstwo po sowietskomu graždanskomu prawu*, autorem którego jest profesor Michaił Michajłowicz Agarkow – klasyk rosyjskiej cywilistyki. W ramach rozważań przedstawiono przegląd wyników badań nad elementami struktury zobowiązania oraz miejscem stosunku zobowiązaniowego w systemie stosunków prawnych w ogóle.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, zobowiązanie, struktura, stosunek prawny, system.

MAGDALENA ZAMROCZYŃSKA

Unnamed and unregulated but widely used – remarks concerning a silent partnership

Nienazwana i nieuregulowana, ale szeroko używana – kilka słów na temat spółki cichej

Summary

This publication aims at presenting the issues related to the formation of a silent partnership. Silent partnership was governed by the Commercial Code of 1934. At the moment it is regulated neither by the Commercial Companies Code nor by the Civil Code. Silent partnership agreement is regarded as unnamed and is permitted on the principle of freedom of contract specified in the Civil Code. The agreement of silent partnership is a bilateral obliging contract; it is mutual, random, consensual, paid and established for a fixed or indefinite period of time. The agreement does not require a particular form, but it is advisable to make a written copy of this contract. The conclusion of the silent partnership agreement is to bring a specific contribution to the economic activities carried out by an entrepreneur in exchange for a share of the profits by the silent partner. The silent partner does not have to take part in the losses of the enterprise and will not be liable to the entrepreneur's creditors. Silent partnership is a popular business model for people who are afraid of the risks associated with establishing their own business.

This article discusses the pre-war adjustment of a silent partnership, its current legal nature, the form of the conclusion of the partnership, the rights and obligations of a silent partner, the advantages and disadvantages of a silent partnership. The author also considers the need to restore the silent partnership agreement to the Polish Civil Code.

Key words: silent partnership, silent partner, entrepreneur, enterprise, profit.

1. Introductory remarks

A silent partnership is one of the most popular unnamed contracts, despite the lack of its legal regulation. It should be assumed that the silent partnership *de lege lata* is a „pure" obligation agreement, which does not lead to any organizational unit and, therefore, it should adhere to the provisions of the Civil Code. The main provision of a silent partnership is the silent partner's opportunity to participate in the profit achieved by the entrepreneur in exchange for a contribution. A silent partner does not have to take part in the losses of the partnership and will not be liable to an entrepreneur's creditors (Żurek, 1999a, p. 34–37).

2. Adjustment of a silent partnership agreement in the Commercial Code of 1934

Silent partnership was settled in Book II of the Commercial Code of 1934 entitled „Commercial Activities", under „Liabilities" in articles 682–695 Code of Commerce. Therefore it was not considered a commercial company, but a kind of trade agreement (Ciućkowska-Leszczewicz, 2014, p. 112–113; Fuchs, 1997, p. 226), and a special legal institution in terms of relations between the partners (Grzybowski, 1976, p. 887). These provisions, modeled on the solutions of the German Commercial Code (Jędrzejewska, 1995b, p. 7) were repealed on the 1st of January 1965 by Article VI § 1 of the regulations introducing the Civil Code (Executive Order of the President of the Republic of Poland 27.06.1934 r. (Dz. U. nr 57, poz. 502 ze zm.), chapter II – Liabilities, section III – Commercial activities, Articles 682–695, which were repealed by Article VI of regulations introducing the Civil Code (Law of 23.04.1964 r. – Dz. U. nr 16, poz. 94)) and currently they are not legal basis for these contracts (Ciszewski and Knabe, 2013, p. 607–608). The literature, however, indicates that the pre-war adjustment can be currently used to construct contracts of a silent partnership, because of its comprehensiveness (Jędrejek, 2008, p. 125).

According to Article 682 § 1 of the Commercial Code: „one who participated as a silent partner with contribution to the trader enterprise run by a trader on behalf of oneself is a partner silent". Therefore, the legislator did not introduce a statutory definition of the silent partnership but only the definition of a silent partner. In this way, such a legislation allowed a person who was afraid of negative consequences related to their activities and wanted only to fund a capital in the form of a contribution to participate in economic activities (Kołodziejski, 1998, p. 52). The contribution could be

financial or material (Jędrzejewska, 1995c, p. 12). It is indicated in the literature that the entrepreneur used to be referred to as a merchant, but currently this term should be interpreted as *an entrepreneur* (Piotrowski, 2000, p. 16).

Pursuant to Article 682 § 2 of the Code of Commerce, a silent partner did not respond to creditors for merchant's obligations. The liability was borne solely by the merchant and he was the only person entitled and obliged to manage all the affairs of the enterprise (Article 683 of the Code of Commerce).

However, Article 684 of the Code of Commerce regulated the participation of a silent partner in the profits and losses of the enterprise carried by a merchant. According to Article 684 § 1 of the Commercial Code, a silent partner participated in profits and losses on a base of equity. A silent partner only participated in these losses up to the amount of the agreed contribution but through the partnership agreement it was possible to be released from the losses (Article 684 § 2–3 of the Commercial Code). In addition, the silent partner's participation in the profits of the partnership could be flexibly regulated. It could also be equal to the amount of the merchant's profit. According to Article 685 § 1 of the Commercial Code, a merchant was obliged to calculate the contribution of a silent partner in the profits and losses at the end of financial year, and to pay the profit. In the case of the depletion of contribution, the profit should be allocated to supplement it (Article 685 § 2 of the Commercial Code). Thus, the silent partner would accept the risk of failure of the entire project.

A pre-war legislator admitted the silent partner the right to demand a copy of the annual balance sheet and to inspect the books and documents in order to check their accuracy (Article 686 § 1 of the Commercial Code). This provision was mandatory in nature, which meant that the contract could neither restrict, nor deprive the silent partner of this right (Article 686 § 2 of the Commercial Code) (Koronkiewicz, 2007c, p. 39).

Contracts of a silent partnership could include a provision that in the case of a death of a silent partner, his place could have been taken by one of his heirs (Article 687 of the Commercial Code).

Dissolution of a silent partnership could have been caused by the following conditions (Article 688 of the Commercial Code): factors included in the articles of the agreement, agreement of the partners, collapse or divestiture of the enterprise, bankruptcy of any partner, the death of a merchant, termination or a court judgment.

The pre-war legislator clearly established the right to claim a compensation in the case of a termination of the company due to collapse or divestiture (Article 689 of the Commercial Code). In the case of a partnership concluded for an indefinite period, a partner could denounce it six months before the end of the financial year. If a partnership was concluded for

a partner's lifetime, it was interpreted as a partnership concluded for an indefinite period (Article 690 of the Commercial Code).

A silent partner's personal creditor who wanted to satisfy a claim drawn from the rights of the silent partner in the event of a dissolution of the company, could denounce the partnership agreement six months prior to the end of the year even if the partnership was concluded for a definite period, as long as two conditions were met: firstly, if in the past six months there was an unsuccessful execution of a silent partner's movables carried out, and, secondly, if a creditor pursuant to a final writ of execution received claims aimed at the silent partner in the event of a dissolution of the partnership (Article 691 the Code of Commerce).

Pursuant to Article 692 of the Code of Commerce, each of the partners could ask for valid reasons of the dissolution of a partnership in consequence of a court's decision. This right could not be waived or amended by the will of the parties (Piotrowski, 2000, p. 16).

The provision of Article 693 of the Code of Commerce regulated the way of accounting with a silent partner in the case of dissolution of the company. If the cause was a denunciation, the balance sheet date was the last day of the financial year in which the termination took place; respectively: in the case of death it was the last day of financial year in which the day of death occurred, in case of bankruptcy – the day of declaration of bankruptcy and in the case of termination by the court – the day of receiving the claim (Article 693 § 2 of the Commercial Code). A principle was introduced that a silent partner or his heirs would take part in the profits and losses of the remaining business (Article 693 § 3 of the Commercial Code).

In case of bankruptcy, a silent partner could make a claim towards the bankrupt subject for the surplus of the paid-up contribution that would exceed his share of losses (Article 694 § 1 of the Commercial Code). The last of the rules governing the silent partnership involved granting the administrator of the merchant's insolvent enterprise the claim to admit the activities between the merchant and the silent partner as ineffective. In addition to a catalog of such activities, the deadlines for the respective activities were appointed. The deadline must have been meet during the last year before the bankruptcy (Article 695 § 1 of the Commercial Code).

3. Characteristics of the silent partnership

The silent partnership agreement is currently unnamed (Jacyszyn, 1994, p. 95–96; Grzesiok, 2006, p. 76–77), unregulated by the Civil Code, subject to the general contract regime (Ciućkowska-Leszczewicz, 2014, p. 114;

Piotrowski, 2000, p. 15), and its admissibility is the result of the principle of freedom of contracts which is valid in Polish law. According to Article 353^1 of the Civil Code, „contracting parties may arrange the legal relationship at their own discretion, as long as its content or purpose is not opposing their relation, the law or the principles of social coexistence".

Silent partnership is a bilateral agreement concluded between a trader (in the Commercial Code – a merchant) and a silent partner (Grzesiok, 2001, p. 12). However, several persons may occur on both sides: physical, legal or organizational units without legal personality but equipped with legal capacity (Article 33^1 of the Civil Code). Furthermore, in accordance with Article 43^1 of the Civil Code, „an entrepreneur is a physical person, a legal person and an organizational unit who conducts business or professional activity on their own behalf, as referred to Article 33^1 § 1 of the Civil Code".

This indicates that a silent partner cannot enter into a civil partnership, because it is not an organizational unit referred to by the Article 33^1 of the Civil Code and consequently it does not have neither a legal capacity, nor a capacity to legal proceedings. On the other hand, a silent partnership agreement can be entered by a person with a limited legal capacity – a minor who is at least of age of 13 or a partially incapacitated person. In this case the validity of the contract will depend on the confirmation of the legal representatives (Article 18 § 1 of the Civil Code) (Lichoń, 2011, p. 29).

A silent partner bound to the contract undertakes to a contribution to a partnership in exchange for participation in the achieved profits (Kołodziejski, 1998, p. 52–53). In this way the silent partner participates in an enterprise in the subjective sense and can bring money or property rights, as well as its own work as a contribution. The type of contribution would be important to the partnership's termination and consequently to the settlements with the silent partner (Żurek, 1999a, p. 43–44).

The aim of the silent partnership agreement is a participation of an anonymous silent partner (investor) in the profits of the partnership who, for various reasons (e.g. for fear of risk), does not want to conduct business as a sole trader, and therefore does not want to divulge their personal details (Koch, 1995, p. 1). A silent partner does not run his own business, and thus only the entrepreneur is reported in the court register or the register of business activity. As such, the entrepreneur is eligible to obtain money or other benefits which can facilitate achieving economic targets of the enterprise.

The characteristic of the silent partnership is the contribution brought forth by the silent partner to the partnership. The contribution may involve both transferring title to property, including real estate, as well as establishing the right to use the contributed goods (Żurek, 1999a, p. 36). The subject of the contribution can also constitute the silent partner's work. There is no

joint property arising in this way (Piotrowski, 2000, p. 18), and the property of the contribution is transferred to the entrepreneur, who can freely dispose of it (Piotrowski, 2000, p. 16). The silent partner participates in the profit of entrepreneur in the part specified in the agreement, and he remains anonymous. His name does not appear as a member of the enterprise, he does not lead nor represent the enterprise and the entrepreneur's creditors cannot claim his rights. However, silent partner may review the books and documents related to the business, if this right has been stated in the agreement of the partnership (Ciszewski and Knabe, 2013, p. 610).

A silent partner is not liable for the obligations of the entrepreneur; he is, however, associated with them economically. This may result in depletion of the silent partner's contributions and a lack of the expected profit upon prior contribution in monetary form or in the form of a transfer of rights.

The agreement of a silent partnership is a bilaterally obliging contract (Jędrzejewska, 1995b, p. 9); it is random, consensual and paid, established for a fixed or indefinite period (Piotrowski, 2000, p. 16). An entrepreneur receives the silent partner's capital, and in exchange, the silent partner acquires the right to claim the part of the profit which the entrepreneur obtains as a result of their business activity. Thus, the agreement is reciprocal – the share in the profit of the enterprise is somehow equivalent to the contribution provided by the silent partner.

4. Form of the silent partnership agreement

In contrast to the pre-war adjustment, at present there are no requirements regarding the form of the silent partnership agreement. Therefore, the contract does not require the conclusion in a particular form, but it is advisable that a written document is made. In the case of a dispute, lack of a written copy may result in problems with proving the parties' rights. In such a situation it is necessary to draw evidence from the documents confirming the silent partner's contribution or transfer of profit, and from the hearing of both parties and witnesses to the fact of making the silent agreement and establishing its provisions (Jędrejek, 2008, p. 62).

However, attention should be paid to the provisions of the Civil Code which reserve a special form that requires a notarial deed for specific operations related to real estate.

It seems that the best way to conclude a partnership agreement is to submit either declarations of intent in written copies signed by each party, or documents which would include the contents of the declaration of intent of one of the parties, and would be signed by said party. According to Art. 77

§ 1 of the Civil Code, „a supplement or an amendment of the agreement requires retention of the form that the act of law or the parties have envisaged at the point of the partnership's conclusion". If, therefore, the parties entered into a silent partnership agreement in the form of a written document, an amendment to said agreement requires retaining the same form (Jędrejek, 2008, p. 62).

5. Rights and duties of a silent partner

As a result of a conclusion of a silent partnership agreement, a silent partner receives copious rights. Firstly, he is entitled to have a share in the profit earned by the entrepreneur to the extent determined in the articles of the agreement. The literature indicates that a silent partner may not acquire the entire profit, as it would be contrary to the law and principles of social coexistence, and it could be designed with a view to circumventing the law (Jędrejek, 2008, p. 71).

Secondly, in the event of termination of a silent partnership, a silent partner is entitled to a settlement with the trader. The settlement is based up on the company's balance sheet which is prepared by the entrepreneur. Importantly, in the case of a silent partnership agreement, it is not necessary to follow liquidation proceedings as it involves neither a joint property of the parties, nor an accountability for the commitments of businesses including satisfaction of creditors of a silent partner (Żurek, 1999b, p. 19–20).

Thirdly, if a contribution is filed in the monetary form or in the right of the property, the reimbursement shall be executed in money. Therefore, the agreement should determine the monetary value. In the case of bringing a right to use goods, the reimbursement should involve returning this right to the silent partner. If the entrepreneur fails to draw up the balance sheet in a timely manner, the silent partner can bring an action against him and claim a reimbursement equal to the value of the contribution (Jędrejek, 2008, p. 72).

Fourthly, a silent partner is entitled to demand a termination of the agreement by the court. He can also claim the right to view documents and records relating to the company, and demand a copy of the annual balance sheet in order to verify the company's reliability (Jędrzejewska, 1995b, p. 14).

On the other hand, a silent partner cannot claim information about the state of the partnership's property and the executed transactions. A silent partner has no influence on the economic activity carried by a trader. He is not entitled to lead and represent the company, he has no right to property of the enterprise and consequently, does not participate in the resultant

growth of the property due to an admission of new components into the company (cf.: Jędrzejewska, 1995d, p. 4–5).

The duties of a silent partner are: to contribute to the silent partnership, usually in the monetary form, but can also be in the form of non-monetary contributions such as through labor, a provision of personal services or the goods let into use (Piotrowski, 2000, p. 16). A silent partner participates in losses only to the value of the contribution but may be completely exempted from the participation in the losses of the partnership (Jędrzejewska, 1995b, p. 12). Given the goal of the silent partnership, there is no way to refrain a silent partner from participating in the profit (Piotrowski, 2000, p. 17).

Lastly, it should be stated that the entrepreneur is entitled and obliged to conduct a business with due diligence, and to follow the provisions of a silent partnership contract in order to maximize the profit (Piotrowski, 2000, p. 17).

6. The advantages and disadvantages of a silent partnership agreement

A silent partnership has both the advantages and disadvantages that should be carefully considered prior to entering into the agreement (advantages and disadvantages of the silent partnership are based on: Jędrejek, 2008, p. 27–35).

The advantages of a silent partnership include above all: no restrictions of the subjects, a possibility for the entrepreneur to gain capital (Jędrzejewska, 1995c, p. 10) and the entrepreneur's exemption from paying interest and the opportunity for a silent partner to obtain profit which may be higher than in the case of another financial investment (Łyczywek, 1992, p. 74). A silent partner retains anonymity and is not liable for the obligations of the entrepreneur. Due to said anonymity, a company might engage in experimental and risky ventures without putting the silent partner's good reputation at risk (Jędrzejewska, 1995c, p. 10). The entrepreneur may also be interested in keeping the fact of using someone else's capital confidential (Koronkiewicz, 2007a, p. 36).

The agreement can be flexibly shaped, according to the market's needs. Similarly flexible might be the provisions of the agreement related to the profit. For instance, it may be decided that the profit is paid monthly, as a substitute for wages, and regardless of the generated profit. In addition, there are no obstacles to conclude the contract of employment between an entrepreneur and a silent partner. What is more, the employees of the enterprise can make a contribution on an equal basis as silent partners, and participate comparably in the profits. Moreover, the contract of a silent partner-

ship may exempt them from participating in the losses. A silent partner, in contrast to an entrepreneur, does not need a bank account to make the transfer or to satisfy the conditions required to obtain licenses or permits. A silent partner does not represent the partnership and he is not responsible for the partnership's debts (Jędrzejewska, 1995c, p. 10).

Silent partnership also allows a silent partner to perform an economic activity without the need to conduct an independent establishment, and with little risk determined by the amount of the contribution (Lichoń, 2011, p. 30). In theory, this type of contract might give a silent partner a possibility for competitive activity, but there are many opinions opposing this idea (Kołacz, 2008, p. 24–26). A silent partner may also be established a proxy of the silent partnership. A silent partnership is beneficial for tax purposes (Koronkiewicz, 2007a, p. 36; Niestrzębski, 1997, p. 13; Koronkiewicz, 2007d, p. 61–62; Żurek, 1999b, p. 23; Koralewski, 2012, p. 32–33), as well as for family ventures (Koronkiewicz, 2007b, p. 51; Jędrejek, 2009, p. 30–31).

Due to lack of formal requirements, there is no specific form required for a silent partnership agreement (Koronkiewicz, 2007b, p. 53), unless the need for such a form stems from the type of contribution, e.g. the transfer of the ownership of the real estate. A silent partnership is not included in the National Court Register or in a business register.

Undoubtedly, the greatest disadvantage of a silent partnership is lack of statutory regulation. A silent partnership agreement is an unnamed contract. It was removed from the Commercial Code subsequently to the introduction of the Civil Code. Therefore, the conclusion of said partnership requires special insight and precision in preparing its conditions.

In addition, a silent partner bears the economic risks associated with the enterprise's activity. If the enterprise does not succeed to make an expected profit, the partner will not be paid (Jędrzejewska, 1995b, p. 13). If the entrepreneur intends to close the enterprise, a silent partner may not be able to take it over. A silent partnership can also be used for unlawful activities such as an investment of funds from crime, tax manipulation or circumvention of the ban on public persons to conduct a business activity (Koronkiewicz, 2007a, p. 36; Koronkiewicz, 2007b, p. 56).

7. Is there a need for regulating a silent partnership agreement?

A silent partnership is regulated in Russian Federation and in the most Western European countries (Załucki, 2005, p. 203; Redzik, 2006, p. 137) and constitutes a popular form of economic activity (Koronkiewicz, 2007a, p. 36).

The claims in Polish literature to restore the legal regulation of silent partnership seem entirely justified (Jędrzejewska, 1995a, p. 19). It has been proposed to place it among other named agreements after a civil partnership agreement in Book III of the Polish Civil Code (Koronkiewicz, 2007a, p. 33).

The arguments for the normalization of a silent partnership agreement are: its popularity and its importance for the security of commerce (Lichoń, 2011, p. 34). Adjustment of the agreement would help to avoid doubts concerning the nature and content of the agreement, and thus it would be of interest to the parties. Legal regulation would facilitate the formulation of the agreement. It would also protect the parties against negative effects of ignorance in the realms of a silent partnership's mechanisms. Moreover, it would contribute to the popularity of a silent partnership. Lastly, the normalization of a silent partnership would put a stop to possible abuses, especially in the case of contracts concluded without a written form (Koronkiewicz, 2007c, p. 41).

It is also stressed that a silent partnership should operate under the aforementioned term since it functions properly and, alike a civil partnership, has no connection with an organizational unit. It is also suggested to shape a silent partnership regulation on the basis of the repealed provisions of the Commercial Code which used to regulate this agreement.

As far as detailed solutions are concerned, it is proposed that the regulation of a silent partnership should be similar to the regulation of a civil partnership. It is also pointed out that said partnership should be informalized to the greatest possible extend. However, if the parties fail to agree in certain issues, the regulations should adhere to the provisions of the Civil Code (Jędrejek, 2008, p. 37).

Last but not least, it is recommended that the parties entering a silent partnership fix their rights and obligations within the contract. It is advisable for them to agree at the following points: a silent partner's right to inspect the entrepreneur's books and balance, the participation of a silent partner in the profits and the manner of legal termination of the partnership including the settlement of an entrepreneur with a silent partner (Jędrejek, 2008, p. 38).

8. Summary

A silent partnership is currently an unnamed contract concluded on the basis of a principle of freedom of contracts. This agreement involves a silent partner's contribution to a company. Said silent partner bears the economic risk of a potential financial failure of the company. There is no limit regarding the type of contribution or the character and number of persons that may

occur in the role of a silent partner. Importantly, the second party in the contract is always an entrepreneur.

The role of a silent partner is to contribute to an entrepreneur's profit. An entrepreneur's goal, on the other hand, is to receive the contribution that can enable or facilitate his economic activity. A silent partner participates in an entrepreneur's profit but is not liable for entrepreneur's debts, is not entitled to lead or represent the company, and has no right to the property of the partnership (Lichoń, 2012, p. 33).

In the absence of a legal regulation, there is a risk that the parties of a silent partnership make erroneous declarations of intent or confuse their contract with another form of partnership. Therefore, it is pointed out that this agreement should be based on a principle of freedom of contract limitations specified in Article 58 § 1–2 of the Civil Code. This article stipulates that business activities are in compliance with the law, the rules of social coexistence and with a ban on activities circumventing the law.

In order to avoid further litigation, a silent partnership agreement should include specific provisions for a silent partner's participation in profits and their rights in the settlement resulting from dissolution or termination of the agreement. The contents of the articles of a silent partnership agreement can be constructed on the basis of the already outdated provisions of the Commercial Code (Koronkiewicz, 2007c, p. 41–42; Koch, 2006, p. 250; Bieniek-Koronkiewicz, 1998, p. 174). It is, however, not allowed to refer to them (Koch, 1995, p. 2).

Biographical reference:

Author is a Ph.D. student at the Adam Mickiewicz University in Poznań (Law Faculty).

References

Bieniek-Koronkiewicz, E. (1998). Spółka cicha i jej gospodarcze znaczenie. In: S. Prutis (ed.), *Spółki jako formy prawne organizowania przedsiębiorczości*. Białystok: Temida 2.

Ciszewski, J., Knabe, J. (2013). Spółka cywilna czy cicha? In: J. Frąckowiak (ed.), *Kodeks spółek handlowych po dziesięciu latach*. Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.

Ciućkowska-Leszczewicz, K. (2014). Spółka cicha jako typ spółki cywilnej? Rozważania na gruncie prawa Polski, Austrii, Niemiec i Francji. *Studia Prawnoustrojowe,* 24, 107–114.

Fuchs, D. (1997). Spółka cicha – wyłączenie wspólnika w świetle obowiązujących przepisów. *Monitor Prawniczy*, 6, 226.

Grzesiok, P. (2001). O konstrukcji spółki cichej. Uwagi *de lege ferenda* (w świetle rozwiązań prawa niemieckiego). *Prawo Spółek*, 11, 12.

Grzesiok, P. (2006). Spółka cicha na tle pojęcia spółki (rozważania na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 24 października 2003 r., III CZP 67/03). *Rejent*, 10 (186), 76–77.

Grzybowski, S. (1976). *System prawa cywilnego*, t. III, część 2. Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk: Ossolineum.

Jacyszyn, J. (1994). Spółka cicha jako forma prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce. *Rejent*, 7–8, 95–96.

Jędrejek, G. (2008). *Spółka cicha*. Warszawa: Wolters Kluwer Polska.

Jędrejek, G. (2009). Spółka cicha między małżonkami. *Przegląd Prawa Handlowego*, 7, 30–31.

Jędrzejewska, A. (1995a). „Cywilna" spółka o charakterze wewnętrznym a „handlowa" spółka cicha. *Przegląd Prawa Handlowego*, 5, 19.

Jędrzejewska, A. (1995b). Ogólne założenia typowej spółki cichej na tle przedwojennej regulacji k.h. *Przegląd Prawa Handlowego*, 2, 7–9, 12–14.

Jędrzejewska, A. (1995c). Spółka cicha na tle innych podobnych form kapitałowego współdziałania osób. *Przegląd Prawa Handlowego*, 4, 10–14.

Jędrzejewska, A. (1995d). Z problematyki nietypowej spółki cywilnej. *Przegląd Prawa Handlowego*, 3, 4–5.

Koch, A. (1995). Spółka cicha w świetle przepisów kodeksu cywilnego. *Przegląd Prawa Handlowego*, 7, 1–2.

Koch, A. (2006). Umowa spółki cichej. In: A. Koch, J. Napierała (eds.), *Umowy w obrocie gospodarczym*. Kraków: Kantor Wydawniczy Zakamycze.

Kołacz, J. (2008). Wybrane aspekty funkcjonowania spółki cichej. *Prawo Spółek*, 4, 24–26.

Kołodziejski, R. (1998). Spółka cicha, uwagi ogólne. *Prawo Spółek*, 9, 52–53.

Koralewski, M. (2012). Praktyczne aspekty funkcjonowania spółki cichej. *Prawo Spółek*, 4, 32–33.

Koronkiewicz, A. (2007a). O spółce cichej wcale nie tak cicho. *Edukacja Prawnicza*, 3, 33–36.

Koronkiewicz, A. (2007b). Reaktywacja prawna spółki cichej. *Radca Prawny*, 3, 51–56.

Koronkiewicz, A. (2007c). Spółka cicha na tle prawa i doktryny. *Przegląd Prawa Handlowego*, 5, 39–42.

Koronkiewicz, A. (2007d). Spółka cicha w praktyce. *Prawo Spółek*, 7–8, 61–62.

Lichoń, K. (2011). Normatywna regulacja spółki cichej jako dopełnienie stosunków handlowych. *Jurysta*, 7–8, 29–34.

Lichoń, K. (2012). Odrzucenie stanowiska traktującego spółkę cichą jako wewnętrzną spółkę cywilną. *Jurysta*, 2, 33.

Łyczywek, R. (1992). O restytucję spółki cichej. *Palestra*, 11–12, 74.

Niestrzębski, D. (1997). Umowa spółki cichej a opłata skarbowa. *Przegląd Podatkowy*, 5, 13.

Piotrowski, M. (2000). Spółka cicha na tle obowiązującego stanu prawnego. *Monitor Podatkowy*, 2, 15–18.

Redzik, A. (2006). Spółka cicha – kilka uwag na tle porównawczym. *Palestra*, 5–6, 137–139.

Rek, K. (2009). Spółka cicha w Kodeksie handlowym z 1934 r. In: M. Mikuła, P. Suski (eds.), *Ius mercatorum, lex mercatoria. Z dziejów i współczesności prawa handlowego.* Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego.

Załucki, K. (2005). Spółka cicha w wybranych europejskich systemach prawnych i w prawie polskim. *Rejent*, 2 (16), 203.

Żurek, K. (1996). Ochrona prawna wierzycieli osobistych wspólników spółki cichej. *Prawo Spółek*, 6, 19–20.

Żurek, K. (1999a). *Spółka cicha*. Kraków: Zakamycze.

Żurek, K. (1999b). Status prawnopodatkowy wspólników spółki cichej. *Prawo Spółek*, 11, 23.

Nienazwana i nieuregulowana, ale szeroko używana – kilka słów na temat spółki cichej

Streszczenie

Niniejsza publikacja ma na celu przybliżenie problematyki związanej z tworzeniem spółki cichej. Ta ostatnia była uregulowana w Kodeksie handlowym z 1934 r. W chwili obecnej nie normuje jej ani Kodeks spółek handlowych, ani Kodeks cywilny. Spółka cicha uznawana jest za umowę nienazwaną i dopuszcza się ją na zasadzie swobody umów wskazanej w Kodeksie cywilnym. Umowa spółki cichej jest umową dwustronnie zobowiązującą, ciągłą, wzajemną, losową, konsensualną i odpłatną, ustanowioną na czas oznaczony bądź nieoznaczony. Umowa nie wymaga zachowania formy szczególnej dla jej ważności, lecz zalecana jest forma pisemna. Zawarcie umowy spółki cichej polega na wniesieniu określonego wkładu przez wspólnika cichego, do działalności gospodarczej prowadzonej przez danego przedsiębiorcę w zamian za udział w zysku. Wspólnik cichy nie musi uczestniczyć w stratach przedsiębiorstwa i nie ponosi odpowiedzialności wobec wierzycieli przedsiębiorcy. Spółka cicha jest popularną formą aktywizacji osób, które boją się ryzyka związanego z założeniem własnej działalności gospodarczej.

W artykule omówiono przedwojenną regulację spółki cichej, jej obecny charakter prawny, formę zawierania umowy spółki cichej, prawa i obowiązki wspólnika cichego, zalety oraz wady tej konstrukcji, jak również rozważono konieczność przywrócenia regulacji spółki cichej do polskiego Kodeksu cywilnego.

Słowa kluczowe: spółka cicha, wspólnik cichy, przedsiębiorca, przedsiębiorstwo, zysk.

АЛЕКСАНДР ЗАВГОРОДНИЙ

Трудовые договоры с преподавателями вузов на основе результатов конкурса

Umowy o pracę z wykładowcami akademickimi jako rezultat postępowania konkursowego

Резюме

В настоящее время в России сложилась ситуация, характеризующаяся тем, что многолетняя практика проведения конкурсного избрания, дополненная новеллами законодательства о порядке заключения трудовых договоров с педагогическими работниками, относящимися к профессорско-преподавательскому составу породила ряд новых проблем, которые не нашли еще должного отражения ни в современном законодательстве, ни в юридической науке.

В предлагаемой читателю статье автор обращает внимание на особенности и проблемы правового регулирования конкурсных и трудовых правоотношений преподавателей в образовательных организациях России в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации. В статье содержатся конкретные предложения и рекомендации по совершенствованию правового регулирования конкурсных отношений в российских организациях, осуществляющих образовательную деятельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных образовательных программ.

Ключевые слова: конкурсные правоотношения, трудовые правоотношения, ученый совет, высшее образование.

Введение

Правовой формой реализации трудовых прав педагогических работников, относящихся к профессорско-преподавательскому составу в организации, осуществляющей образовательную деятельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных образовательных программ (см. Федеральный закон от 22 декабря 2014 года № 443-ФЗ о внесении изменений в Трудовой кодекс Российской Федерации и Федеральный закон, о науке и государственной политике в части совершенствования механизмов регулирования труда научных работников, руководителей научных организаций, их заместителей, *Российская газета*, № 296, 2014; далее образовательная организация), является трудовой договор. Однако трудовые отношения этой категории работников возникают не на основании только одного трудового договора. Само основание возникновения их трудовых правоотношений значительно шире и включает в себя в качестве обязательного *конкурсное правоотношение*, в которое лицо, изъявившее желание заключить трудовой договор, должно вступить с образовательной организацией, объявившей конкурс на соответствующую должность.

Особенности возникновения и развитие конкурсного правоотношения (элементы юридического состава)

Как при общем, так и при конкурсном порядке приема на работу преследуется одна и та же цель – оценка профессиональных и деловых качеств претендента и выбор на основании этой оценки того кандидата, который в наибольшей степени отвечает требованиям работодателя. Подобный выбор делается до заключения трудового договора. При обычном порядке отбор производит сам работодатель, и процедура такого отбора нормативно не закреплена. При конкурсном порядке замещения должности отбор осуществляется не работодателем, а другим субъектом – в нашем случае это ученый совет образовательной организации (факультета)[1]. Решение ученого совета, если оно

[1] В образовательных организациях (университетах) России действуют – „большой" ученый совет образовательной организации и „малые" ученые советы, избираемые в институтах и факультетах. Структура, порядок формирования, срок полномочий и компетенция ученых советов образовательной организацией и факультетов, порядок принятия ими решений устанавливаются уставом образовательной организации в соответствии с законодательством Российской Федерации.

принято с соблюдением установленной конкурсной процедуры, является обязательным для образовательной организации (работодателя) в том смысле, что работодатель может заключить трудовой договор лишь с лицом победившем в конкурсе.

Следовательно, конкурсное правоотношение, во-первых, является *предшествующим по отношению к трудовому*, в конечном счете, возникающему на основании трудового договора. Во-вторых, оно *обязательно в силу того, что действующим законодательством избрание по конкурсу установлено как непременное условие для возникновения, а в определенных случаях и для продолжения трудовых правоотношений* между претендентом или педагогическим работником и образовательной организацией (ч. 2 ст. 332 Трудовой кодекс Российской Федерации, СЗ РФ. 2002. № 1. Ст. 3).

При конкурсном порядке установления трудовых правоотношений решающее значение придается не тем элементам общего порядка, которые существуют при обычных условиях возникновения трудовых правоотношений, а элементам, присущим только конкурсу. *Во-первых*, обязательны квалификационные требования к участникам конкурсного отбора, строгое соблюдение процедуры конкурса, обеспечивающей максимальную степень ознакомления членов ученого совета с материалами конкурса по каждому участнику. *Во-вторых*, обязательно наличие решения ученого совета образовательной организации об избрании одного из нескольких участников конкурсного отбора. *В-третьих*, право выбора лучшего претендента принадлежит не ректору (руководителю), а ученому совету, т.е. выборному коллегиальному органу, который в последующем не может быть стороной в трудовых правоотношениях и который не правомочен заключать трудовой договор с избранным претендентом от имени образовательной организации. В случае если ученый совет принимает отрицательное решение в отношении определенного лица, его право на установление в результате данного конкурса трудовых отношений с образовательной организацией погашается (Дзегорайтис, 1968). Но в случае принятия положительного решения ученым советом создается конкретная предпосылка вступления в трудовое правоотношение.

Избрание по конкурсу можно рассматривать как правоотношение. Однако *конкурсное правоотношение* имеет длящийся характер с определенными этапами развития применительно к последовательному совершению ряда юридически целенаправленных действий. *Первому* этапу конкурса соответствует процедура объявления конкурса образовательной организацией, *второму* – прием заявлений от претендентов на участие в конкурсе, *третьему* – избрание конкретного претендента

ученым советом образовательной организации, *четвертому* – утверждение (неутверждение) ректором решения ученого совета образовательной организации об избрании одного из участников конкурса.

Как мы видим, конкурс – это достаточно сложное правовое явление, и его следует отнести к сложному юридическому составу. Конкурс слагается из ряда юридических фактов, каждый из которых представляет собой целенаправленное правомерное юридическое действие (объявление о конкурсе, подача заявления об участии в конкурсе, принятие решения ученым советом и т.д.).

Первый этап конкурса

Первый этап – объявление конкурса выявляет лишь одного участника конкурсного отбора – образовательную организацию (как устроителя) и те условия, при которых образовательная организация принимает на себя определенные обязанности. На этом этапе пока еще неизвестно, какое количество правоотношений возникнет на основании сделанного образовательной организацией объявления о конкурсе, и возникнут ли они вообще.

Конкурсная процедура предполагает открытость. Конкурс объявляется ректором (уполномоченным им лицом) образовательной организации в периодической печати средств массовой информации не позднее, чем за два месяца до его проведения. Способ информирования о конкурсе указывает на его *публичный характер* и предполагает распространение данного объявления в широких кругах общественности. Оно адресовано не какому-либо заранее определенному лицу, а всякому, кто удовлетворит указанным в нем требованиям (Дзегорайтис, 1969, с. 5, 10).

Таким образом, обращение к неопределенному кругу лиц – это основной отличительный признак первого этапа конкурса, выделяющий его из числа последовательно сменяющих друг друга целенаправленных действий при конкурсном отборе. Объявление о конкурсе должно дать тем, кто решает вопрос о своем участие в конкурсе, достаточно полное представление о нем (его условиях).

Условия, которые должны быть указаны в объявлении о конкурсе, определены в п. 8 Положения о порядке замещения должностей научно-педагогических работников, которое было утверждено Приказом Министерством образования и науки Российской Федерации от 4 декабря 2014 года № 1536 (далее – Положение от 4 декабря 2014 г.).

Положение от 4 декабря 2014 года определяет лишь общий порядок и условия замещения должностей научно-педагогических работников (профессорско-преподавательский состав, научные работники) организаций, реализующих образовательные программы высшего образования и (или) дополнительных образовательных программ и заключения с ними трудовых договоров на неопределенный срок или на определенный срок не более пяти лет.

В Положении от 4 декабря 2014 года не отражены многие вопросы организации и проведения конкурса, которые традиционно включались в ранее действовавшие Положения о порядке замещения конкурсных должностей в образовательных организациях. Представляется, что составители данного Положения, учитывая общую тенденцию расширения прав образовательных организаций, особенно отчетливо просматривающуюся в Федеральном законе об образовании в Российской Федерации, а также в ТК РФ, признали необходимым предоставить образовательным организациям право самим определять более детальный порядок проведения конкурсного отбора на замещение должностей научно-педагогических работников. При этом они ограничились изложением лишь основных концептуальных идей проведения конкурса.

Следует заметить, что ст. 24 Федерального закона об образовании в Российской Федерации относит Московский государственный университету имени М.В. Ломоносова и Санкт-Петербургский государственный университет к ведущим классическим университетам Российской Федерации, особый правовой статус которых определяются специальным федеральным законом. Таким специальным федеральным законом является Федеральный закон от 10 ноября 2009 г. № 259-ФЗ о Московском государственном университете им. М.В. Ломоносова и Санкт-Петербургском государственном университете (СЗ РФ. 2009. № 46. Ст. 5418).

Указанный федеральный закон определяет особенности правового положения двух ведущих классических университетов Российской Федерации, к которым он относит – федеральные государственные образовательные учреждения высшего образования „Московский государственный университет имени М.В. Ломоносова" и федерального государственного образовательного учреждения высшего образования „Санкт- Петербургский государственный университет". Закон также отнес эти классические университеты к уникальным научно-образовательным комплексам, включающие в себя структурные подразделения без прав юридического лица и юридические лица, к старейшим

образовательным организациям высшего образования страны, имеющих огромное значение для развития российского общества.

Учитывая особый статус этих университетов, Положение от 4 декабря 2014 года предоставило право Московскому государственному университету имени М.В. Ломоносова и Санкт-Петербургскому государственному университету самостоятельно разрабатывать и утверждать свои Положения о порядке замещения должностей научно-педагогических работников.

В этих положениях должны найти отражение как правовые, так и процедурные вопросы организации и проведения конкурса на замещение должностей научно-педагогических работников этих образовательных организаций, которые не нашли своего должного отражения в Положения от 4 декабря 2014 года.

Так в объявлении о проведении конкурса в средствах массовой информации указывается ссылка на сайт организации, содержащий информацию о конкурсе, на котором также должно быть размещено Положение от 4 декабря 2015 года. На сайтах Московского государственного университета имени М.В. Ломоносова и Санкт-Петербургского государственного университета размещаются, принятые ими собственные (локальные) Положения о порядке замещения должностей научно-педагогических работников.

В объявлении о проведении конкурса на сайте организации указывается:

– перечень должностей научно-педагогических работников, на замещение которых объявляется конкурс;
– квалификационные требования по должностям научно-педагогических работников;
– место (адрес) и окончательная дата (не ранее 10 календарных дней до проведения конкурса) приема заявления для участия в конкурсе;
– место и дата проведения конкурса.

В организации должны быть созданы условия для ознакомления *всех* работников с информацией о проведении конкурса.

Срок подачи заявлений для участников в конкурсном отборе также определен в п. 8 Положения от 4 декабря 2014 года. Начало определяется днем опубликования в средствах массовой информации объявления о проведении конкурса, а окончание приема заявлений устанавливается образовательной организацией, но не ранее 10 календарных дней до проведения конкурса. Правильное определение даты начала и окончания приема заявлений в определенных случаях может иметь принципиальное значение.

Отказ в приеме заявления образовательной организацией, возможен в случае *несоответствия* претендента квалификационным требованиям по указанной в объявлении должности, а также в случае *нарушения* установленного образовательной организацией срока подачи заявления.

Второй этап конкурса

Второй этап избрания по конкурсу характеризуется персональным определением тех претендентов, которые своими фактическими действиями (подачей заявлений) изъявили желание участвовать в конкурсном отборе. Перечень документов, прилагаемых к заявлению, конкретизируется в п. 9 Положения от 4 декабря 2014 года. Это документы, подтверждающие соответствие претендента квалификационным требованиям по соответствующей педагогической должности: копия диплома о высшем образовании; список научных трудов; копия диплома кандидата (доктора) наук; копия аттестата доцента (профессора); в необходимых случаях – копия трудовой книжки, подтверждающая наличие соответствующего стажа работы. Также претендент обязан представить документы подтверждающие отсутствие у него ограничений, на занятие педагогической деятельностью в сфере образования. Это, прежде всего документы, подтверждающие отсутствие у претендента судимости и заболеваний, предусмотренных соответствующим перечнем. Другие документы прилагаются к заявлению по договоренности между сторонами.

В действующем Положении от 4 декабря 2014 года также не указано, какое должностное лицо принимает заявления и несет ответственность за организацию и проведение конкурса в образовательной организации. Исходя из сложившейся практики, это может быть *начальник управления (отдела) кадров* или *ученый секретарь*. Конкретное должностное лицо должно быть указано в локальном нормативном акте образовательной организации или в соответствующем приказе ректора. В обязанности данного лица входят проверка комплектности представляемых документов, правильного их заполнения, предоставление справочной информации претендентам о замещаемой должности, об основных условиях трудового договора, а также о процедуре, месте и времени проведения конкурсного отбора.

После приема заявления на участие в конкурсе правовое положение претендента меняется: он превращается в участника конкурса. С появлением конкретных участников наступает вторая стадия конкурсного избрания – возникает само правоотношение.

Таким образом, между образовательной организацией, объявившей конкурс, и каждым участником конкурсного отбора возникают собственно *конкурсные правоотношения*.

Данные правоотношения обладают определенным содержанием. Его образуют, с одной стороны, субъективное право каждого из претендентов требовать от образовательной организации проведения конкурсного отбора и обеспечения возможности присутствовать на заседание ученого совета образовательной организации, рассматривающих их кандидатуры, ознакомиться с действующим Положением о конкурсе, квалификационными требованиями по соответствующей должности, условиями коллективного и трудового договоров; с другой – корреспондирующая этому праву претендентов обязанность образовательной организации провести конкурсный отбор и предоставить каждому претенденту указанные выше права и возможности.

Претендент имеет право ознакомиться с условиями предлагаемого к заключению трудового договора и присутствовать на заседание ученого совета при рассмотрении его кандидатуры. Неявка претендента на ученый совет не является препятствием для проведения конкурса.

Положение от 4 декабря 2014 года определяет общий порядок и условия замещения должностей научно-педагогических работников (профессорско-преподавательский состав, научные работники) организаций, реализующих образовательные программы высшего образования и (или) дополнительных образовательных программ и заключения с ними трудовых договоров на неопределенный срок или на определенный срок не более пяти лет.

Новеллой является то, что Положение от 4 декабря 2014 года (п. 6) позволяет проводить заочно конкурс на должности профессора и доцента среди ведущих мировых ученых в порядке, определяемом образовательной организацией. При этом в конкурсе должны принимать участие ученые с мировым именем и имеющие приглашения для работы в образовательную организацию.

Таким образом, к участию в конкурсе допускаются претенденты, обладающие дополнительной специальной правоспособностью. Только по отношению к данным лицам можно говорить о свободе добровольного выбора педагогического труда как рода трудовой деятельности и места его приложения в любой образовательной организации. Это не может служить поводом для суждений о неравенстве или ограничений трудовой правоспособности граждан, поскольку каждый имеет равные со всеми возможности получения соответствующего образования и квалификации (включая и научную степень) с учетом личных склонностей и способностей.

Третий этап конкурса

Третий этап конкурса непосредственно связан с процедурой избрания конкретного претендента (участника) в образовательной организации. Прием заявлений от претендентов прекращается не ранее 10 календарных дней до заседания ученого совета, на котором будет приводиться конкурсное избрание на соответствующую профессорско-преподавательскую должность.

В Положение от 4 декабря 2014 года не конкретизирует, куда должны быть переданы документы, поступившие от претендентов после окончания приема заявлений. Положение лишь обращает внимание, что для проведения конкурса на замещение научно-педагогических должностей образовательная организация самостоятельно определяет коллегиальный орган управления, который будет осуществлять конкурсный отбор. В п. 4 ст. 26 Федерального закона об образовании в РФ к коллегиальным органам управления организации, осуществляющей образовательную деятельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных профессиональных программ, законодатель относит как общее собрание (конференцию) работников и обучающихся, так и ученый совет. Другие коллегиальные органы управления формируются, если они предусмотрены уставом соответствующей образовательной организации.

Представляется, что с учетом сложившейся многолетней практики избрание по конкурсу должно осуществляться на заседании ученого совета образовательной организации.

Учитывая сжатые сроки между прекращением приема заявлений от претендентов и заседанием ученого совета образовательной организации, значительно сужаются возможности предварительного рассмотрения претендентов на заседании кафедры и членами ученого совета факультета (института), как это было установлено ранее. Положение от 4 декабря 2014 года позволяет образовательной организации проводить избрание на преподавательскую должность, на ученом совете организации минуя какие-либо предварительные стадии обсуждения кандидатов.

Очередное избрание преподавателя по конкурсу на занимаемую им должность представляет собой своеобразное подтверждение (*конкурс-подтверждение*), при котором ученый совет организации, осуществляющей образовательную деятельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных профессиональных программ, подтверждает ранее принятое решение об избрании этого работника на соответствующую должность по конкурсу (*конкурс-выбор*).

При этом учитываются определенные итоги его профессиональной деятельности за прошедший период работы (избрания). При проведении „конкурса-подтверждения" избрание осуществляется, как правило, на альтернативной основе. Ученый совет образовательной организации рассматривает и решает вопрос о возможности продолжения работы преподавателем по той же должности или о прекращении с ним трудовых правоотношений в силу неудовлетворительного выполнения им своих должностных обязанностей. При „конкурсе-подтверждении" у преподавателя не возникает нового правоотношения, а также с ним может не заключаться новый трудовой договор. Осуществляется пролонгация действующей трудовой связи в рамках юридически оформленной процедуры конкурса. В этом случае действие срочного трудового договора продлевается по соглашению сторон, заключенному в письменной форме, на определенный (не более пяти лет) или на неопределенный срок.

Практика проведения конкурсов в организациях, осуществляющих образовательную деятельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных профессиональных программ, показывает, что преподаватели, умело организующие свою учебную и научную деятельность, как правило, успешно проходят очередной конкурс. Неизбранными оказываются лица, имеющие серьезные недостатки в учебной (преподавательской) работе, не выполняющие должным образом научно-исследовательскую работу, имеющие низкую публикационную активность и т.п.

Однако „конкурс-подтверждение" все же следует отличать от аттестации преподавателя, которую он обязан проходить раз в пять лет, если ранее с ним был заключен трудовой договор на неопределенный срок. Подобная аттестация проводится в целях подтверждения соответствия преподавателя занимаемой им должности в установленном Правительством РФ порядке. При конкурсном избрании есть стадия выдвижения кандидатур, процесс их обсуждения и отбора, иные претенденты, процедура голосования и т.п., а при аттестации ничего подобного нет. Кроме того, деловые качества работника определяет коллектив образовательной организации – члены ученого совета, а не аттестационная комиссия (достаточно узкая группа лиц). Представляется, что сам порядок конкурсного избрания более *демократичен*, чем аттестация (см. порядок проведения аттестации педагогических работников в образовательной организации высшего образования: Положение о порядке проведения аттестации работников, занимающих должности научно-педагогических работников, утв. Приказом Министерства образова-

ния и науки РФ от 28 июля 2014 г. № 795, *Российская газета* от 28 августа 2014 года).

Таким образом, можно констатировать, что избрание по „конкурсу-выбору" является непременным условием для возникновения трудовых правоотношений преподавателя с образовательной организации, а „конкурс-подтверждение" служит основанием для продолжения уже *существующих трудовых правоотношений* либо для их прекращения.

Участие работающего преподавателя в конкурсном избрании на новый срок является практической реализацией его субъективного права на участие в конкурсе. В данном случае у образовательной организации в лице ректора отсутствуют основания для отказа работнику участвовать в конкурсе-подтверждении, ибо до окончания срока трудового договора обязанностью образовательной организации является проведение такого конкурса. В подобном случае следует признать неправомерными те отказы образовательной организации в допуске к участию в конкурсе преподавателя, которые аргументируются достижением им пенсионного возраста или плохим состоянием здоровья. При наличии соответствующих обстоятельств вопрос об увольнении преподавателя должен решаться согласно общим (или специальным) нормам трудового законодательства, а не путем отказа ему участвовать в конкурсе. Следовательно, преподаватель образовательной организации участвует в конкурсе на общих основаниях.

В соответствии с Положением от 4 декабря 2014 г обсуждение и конкурсный отбор претендентов на должности преподавателя проводятся на ученом совете образовательной организации. Решение по конкурсному отбору принимается по результатам тайного голосования.

Для подсчета голосов ученый совет образовательной организации перед началом голосования должен избрать счетную комиссию в составе не менее трех членов ученого совета. По каждой кандидатуре, принимавшей участие в конкурсе, счетная комиссия оглашает результаты голосования. Протокол счетной комиссии утверждается ученым советом образовательной организации и приобщается к материалам конкурса.

При получении претендентами, участвующими в конкурсе, равного количества голосов проводится повторное голосование на том же заседании ученого совета. Если ни один из претендентов не получил более 50% голосов членов ученого совета, то конкурсный отбор признается не состоявшимся и образовательная организация объявляет новый конкурс.

Успешно прошедшим конкурсный отбор считается претендент, получивший путем тайного голосования более ½ голосов от числа

принявших участие в голосовании при кворуме ⅔ списочного состава ученого совета.

Если голосование проводилось по единственному претенденту, и он не набрал необходимого количества голосов, конкурс признается несостоявшимся.

Решение ученого совета об избрании лица на определенную профессорско-преподавательскую должность есть юридический факт, на который опирается ректор образовательной организации при заключении трудового договора с победившим участником конкурса.

С принятием ученым советом решения об избрании на должность одного из нескольких претендентов изменяется как субъектный состав, так и содержание конкурсных правоотношений. Теперь образовательная организация связана определенными обязательствами только с конкретным участником конкурса, избранным ученым советом. Для данного претендента конкурсные правоотношения будут трансформироваться в трудовые правоотношения, а для всех остальных претендентов они прекращаются. Третий этап конкурсного отбора параллельно порождает *правоизменяющие* и *правопрекращающие* последствия. Избранный претендент получает право на утверждение ректором образовательной организации решения ученого совета о его избрании, а также на заключение трудового договора с образовательной организацией на срок избрания или на неопределенный срок в установленном порядке. Этому праву противостоит обязанность ректора утвердить данное решение ученого совета образовательной организации и заключить трудовой договор с лицом, избранным по конкурсу. Правоотношения с теми участниками конкурса, которые не прошли по конкурсу, прекращаются. Завершающую функцию здесь выполняет выдача каждому участнику конкурсного отбора мотивированного заключения ученого совета образовательной организации об избрании конкретного участника конкурса. Представляется, что мотивированное заключение о результатах конкурсного отбора должно быть направлено заинтересованным лицам в недельный срок. Документы, ранее поданные претендентами, не прошедшими конкурс, могут быть возвращены им по их письменному заявлению сразу после завершения процедуры конкурсного отбора.

В соответствии с действующим Положением о конкурсе ректор (уполномоченное им лицо) не позднее двух месяцев до окончания учебного года объявляет фамилии и должности профессорско-преподавательского состава, у которых в следующем учебном году истекает срок договора. Данная информация размещается на официальном сайте образовательной организации в информационно-телекоммуни-

кационной сети Интернет. По указанным должностям ректор (уполномоченное им лицо) объявляет конкурсный отбор в том же порядке, что и для замещения вакантной должности. В соответствии п. 8 Положения от 4 декабря 2014 г. конкурсный отбор объявляется ректором (уполномоченным им лицом) не менее чем за два месяца до даты его проведения.

Таким образом, решение ученого совета прекращает те конкурсные правоотношения (между образовательной организации и участниками конкурса), которые возникли и развились до его принятия.

Четвертый этап конкурса

Четвертый этап избрания по конкурсу характеризуется тем, что решение ученого совета образовательной организации, если оно принято с соблюдением действующего Положения о конкурсе, утверждается приказом ректора. Решение ученого совета об избрании определенного претендента на конкретную педагогическую должность есть юридический акт, обязательный для ректора. В соответствии с этим актом он *может* впоследствии заключить трудовой договор с избранным лицом (Гейхман, 1970, с. 192). Коль скоро решение ученого совета является обязательным для ректора, то в случае его принятия без каких-либо нарушений действующего Положения о конкурсе ректор не может не согласиться с актом избрания. Не утвердить решение ученого совета ректор может лишь в связи с нарушением процедуры проведения конкурсного отбора. Следовательно, ректор образовательной организации обязан дать объективную оценку результатам конкурса, которая выражается в форме акта утверждения принятого решения ученого совета.

Утверждение ректором принятого решения ученого совета по своей юридической природе является актом управления. Это есть не что иное, как форма осуществления ректором властных полномочий. Указанные властные полномочия проявляются по отношению к выборному представительному органу – ученому совету, а не по отношению к избранному претенденту и по своей природе являются административно-правовыми. Отношения между избранным по конкурсу лицом и образовательной организации на основании акта избрания по конкурсу относятся к области трудовых отношений (Гейхман, 1970, с. 192).

В действующем Положении о конкурсе отсутствует какая-либо правовая норма, поясняющая порядок утверждения решения ученого совета образовательной организации и, соответственно, его неутверж-

дения ректором при наличии нарушения процедуры проведения конкурса.

В Положение от 4 декабря 2014 г. о конкурсе не указан срок, в течение которого ректор утверждает решение ученого совета с момента его принятия. На наш взгляд, этот срок не должен превышать 10 рабочих дней. Указанный срок, как и порядок утверждения (неутверждения) ректором принятого решения ученого совета образовательной организации, желательно юридически закрепить в локальном нормативном акте.

После принятого ученым советом решения об избрании претендента по конкурсу обе стороны будущего трудового правоотношения (избранный претендент и образовательная организация в лице ректора, представляющего ее интересы) должны изъявить обоюдное согласие на установление непосредственно трудовых правоотношений. Это происходит на стадии обсуждения и заключения трудового договора.

Таким образом, основные особенности конкурсного избрания на должности педагогических работников в образовательной организации состоят в следующем:

- замещение должности по конкурсу проводится независимо от того, занята ли эта должность конкретным лицом или она является вакантной;
- конкурс объявляется регулярно в связи с окончанием срока трудового договора педагогического работника;
- к замещению должности допускаются только лица, соответствующие установленным требованиям (критериям);
- конкретный претендент для замещения должности определяется ученым советом образовательной организации путем избрания его тайным голосованием;
- ректор (уполномоченное им лицо) организует конкурс, но он не вправе без решения ученого совета заключить трудовой договор с кем-либо из участников конкурса;
- трудовой договор образовательная организация (в лице ректора) заключает только с лицом, в установленном порядке избранным по конкурсу ученым советом образовательной организации.

Особенности возникновения трудовых правоотношений с педагогическим работником

Положительное завершение конкурсного избрания претендента на преподавательскую должность и последующее утверждение решения ученого совета приказом ректора образовательной организации авто-

матически не влекут возникновения *трудового правоотношения* между образовательной организацией и лицом, избранным на должность. Это отношение возникает в результате заключения трудового договора. Будучи урегулированным нормами трудового права, трудовой договор становится правовым отношением, в рамках которого его стороны – образовательная организация и преподаватель – приобретают субъективные права и юридические обязанности, становятся субъектами трудового права. Однако стороны сами, притом независимо друг от друга и от государства, вправе решать вопрос о вступлении между собой в договорные отношения. Трудовой кодекс Российской Федерации не только декларирует, но и гарантирует свободу трудового договора. Обязательным условием действительности трудового договора является заключение его на основе согласованной воли его участников, исключающей обман, насилие, угрозы.

Лицо, впервые избранное по конкурсу, в дальнейшем может либо не изъявить желания о заключении трудового договора, либо вовсе не появиться в образовательной организации[2]. Поэтому при отсутствии трудового договора трудовое правоотношение не возникает, хотя конкурс и состоялся.

Следует заметить, что акт избрания по конкурсу не может иметь юридическую силу до *бесконечности*, поскольку это существенно ущемляет права образовательной организации. Избранный кандидат может в любой момент предъявить свое право на заключение трудового договора. По этой причине образовательная организация не может объявить по данной должности повторный (новый) конкурс, а также принять на эту должность временного работника.

В связи с этим, срок, в течение которого избранный по конкурсу претендент может претендовать на заключение с образовательной организацией трудового договора, определен, в п. 17 Положения от 4 декабря 2014 года. Должность научно-педагогического работника объявляется вакантной, если в течение *тридцати календарных дней* со дня принятия соответствующего решения ученым советом образовательной организации лицо, впервые успешно прошедшее конкурс на замещение соответствующей должности, не заключило трудовой договор с работодателем по собственной инициативе.

---

[2] Претендент может участвовать в конкурсном избрании одновременно в двух или более образовательных организациях высшего образования, что не запрещается действующим законодательством.

Неявка претендента в течение указанного срока для заключения трудового договора лишает его впоследствии права требовать от образовательной организации заключения договора на основании акта избрания по конкурсу, и последний утрачивает свое юридическое значение.

Вместе с тем и образовательная организация по своей инициативе не должна препятствовать своевременному заключению трудового договора с победившим претендентом. Представляется, что в течение того же срока образовательная организация в лице ректора (уполномоченное им лицо) обязана заключить с избранным по конкурсу претендентом трудовой договор. В противном случае ректор в письменной форме должен изложить указанному претенденту причину, которая препятствует заключению с ним трудового договора, что позволит ему обжаловать действия образовательной организации в судебном порядке.

Заключение трудового договора с профессорско-преподавательским составом

Согласно действующему законодательству с преподавателями образовательной организации заключаются как срочные трудовые договоры, так и трудовые договоры на неопределенный срок (ч. 1 ст. 332 ТК РФ). В случае заключения срочного трудового договора в нем указываются срок его действия и обстоятельства (причина), послужившие основанием для заключения срочного трудового договора в соответствии с ТК РФ или иными федеральными законами (ч. 5 ст. 57 ТК РФ).

Трудовой договор играет важную функциональную роль в возникновении трудового правоотношения. Только трудовой договор, завершая сложный фактический (юридический) состав, окончательно формирует волю субъектов трудового правоотношения (преподавателя и образовательной организации). Трудовой договор как юридический факт определяет содержание трудового правоотношения, во многом зависящее от тех условий, о которых стороны договорились при его заключении. Вместе с тем трудовой договор служит гарантией приобретения сторонами прав и обязанностей, вытекающих из норм трудового законодательства.

Многолетняя практика показывает, что большинство преподавателей работают в организации, осуществляющей образовательную дея-

тельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных профессиональных программ не один десяток лет, но при этом они вынуждены периодически проходить конкурсный отбор и заключать очередной срочный трудовой договор. Возможность заключения трудового договора на неопределенный срок появилась у преподавателей относительно недавно. Но даже при наличии такого договора преподаватель обязан один раз в пять лет проходить аттестацию[3]. По сути, трудовые отношения работодателя с преподавателя, в которых он был заинтересован, носили постоянный характер. Более того, организация, осуществляющая образовательную деятельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных профессиональных программ, и обучающиеся в ней студенты всегда были заинтересованы в работающем на постоянной основе высококвалифицированном профессорско-преподавательском составе. Подобный коллектив на кафедре, на факультете, в образовательной организации формируется в течение многих лет. И, как правило, уход хотя бы одного опытного специалиста вызывает большие трудности в поисках достойной замены ушедшему преподавателю.

Видимо, поэтому в интересах организации, осуществляющей образовательную деятельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных профессиональных программ, в интересах учебного процесса, а также для обеспечения в рамках правового регулирования труда преподавателей *определенных гарантий*, законодатель в новой редакции ТК РФ предусмотрел возможность заключать с преподавателями трудовые договоры на неопределенный срок.

Предоставив подобную возможность, законодатель тем самым учел Рекомендацию, принятую Генеральной конференцией ЮНЕСКО на 29-й сессии в Париже (*Рекомендация* о статусе преподавательских кадров высших учебных заведений, Париж, 1997, с. 74–75; опубликована не была). Рекомендация обращается внимание на то, что трудовые договоры на неопределенный срок отвечают интересам, как образовательной организации, так и преподавателей, работающих в этой организации. Указанные трудовые договоры обеспечивают преподавателям, прошедшим конкурсный отбор, бессрочную работу, гарантию того, что их увольнение возможно только по профессиональным

---

[3] Аттестация, а не конкурс была введена с 1 января 2015 года для преподавателей, заключивших трудовой договор на неопределенный срок Федеральным законом от 22 декабря 2014 года № 443-ФЗ.

мотивам и при соблюдении установленных процедур. Трудовые договоры на неопределенный срок должны быть в максимально возможной степени гарантированы даже в случае реорганизации или преобразования организаций осуществляющих образовательную деятельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных профессиональных программ. Трудовые договоры на неопределенный срок должны предоставляться тем лицам, которые отвечают установленным объективным критериям в области не только преподавания, но и научной деятельности.

Таким образом, в случае избрания преподавателя по конкурсу стороны (работник и работодатель) могут договориться заключить как срочный трудовой договор (до пяти лет с учетом срока избрания), так и договор на неопределенный срок.

Следовательно, в зависимости от вида заключенного трудового договора преподаватель для продолжения своих трудовых отношений с организацией обязан либо периодически проходить избрание по конкурсу (срочный трудовой договор), либо проходить аттестацию один раз в пять лет (трудовой договор на неопределенный срок).

Представляется, что критерии, которым должен соответствовать преподаватель для заключения с ним трудовой договор на неопределенный срок, устанавливает образовательная организация[4]. Она самостоятельно принимает решение и реализует предоставленную законодателем возможность на заключение с профессорско-преподавательским составом трудового договора на неопределенный срок. В последующем конкурс на замещение должности педагогического работника, с которым заключен трудовой договор на неопределенный срок, не проводится. Однако в этом случае с учетом п. 10 ст. 332 ТК РФ в целях подтверждения соответствия занимаемой должности преподаватель один раз в пять лет обязан пройти аттестацию.

Заключая трудовой договор стороны (организация и преподаватель) сами определяют, какой трудовой договор они будут заключать – срочный или на неопределенный срок. При заключении трудового договора на неопределенный срок, образовательная организация проводит в последующем аттестацию работника в целях подтверждения соответствия его занимаемой должности (каждые пять лет). При заключении срочного трудового договора стороны также по соглашению

---

[4] В американских университетах постоянный контракт (трудовой договор на неопределенный срок) заключается с преподавателем, как правило, после 6–7 лет работы в университете по срочному контакту, который продлевается ежегодно.

сторон сами определяют его срок. Стороны могут установить любую продолжительность трудового договора, но в пределах срока избрания преподавателя ученым советом образовательной организации. Главной особенностью трудового договора преподавателя, заключенного на неопределенный срок является возможность его прекращения в связи несоответствием работника занимаемой должности или выполняемой работы вследствие недостаточной квалификации, подтверждённой результатами аттестации (п. 3 ст. 81 ТК РФ).

Если с преподавателем был заключен срочный трудовой договор, то при очередном избрании его на занимаемую им должность новый трудовой договор может не заключаться. В подобных случаях действие срочного трудового договора с работником продлевается по соглашению сторон, заключаемому в письменной форме, на определенный срок (не более пяти лет) или на неопределенный срок (ч. 8 ст. 332 ТК РФ).

Таким образом, из сказанного ранее можно сделать следующие выводы. *Во-первых*, срок трудового договора определяется его сторонами; основанием для заключения после избрания по конкурсу *срочного трудового договора* следует признать, прежде всего, соглашение сторон. *Во-вторых*, если с работником ранее был заключен трудовой договор на неопределенный срок, то в последующем конкурс на замещение его должности не проводится, но раз в пять лет он обязан проходить аттестацию в целях подтверждения соответствия занимаемой должности. *В-третьих*, истечение срока трудового договора является лишь основанием для объявления образовательной организацией нового конкурса по соответствующей должности. *В-четвертых*, образовательная организация в пределах срока избрания преподавателя может пролонгировать действие его срочного трудового договора. В этом случае срочный трудовой договор с работником продлевается по соглашению сторон, заключаемому в письменной форме, на определенный срок, но с учетом срока избрания (ч. 8 ст. 332 ТК РФ; более подробно см.: Завгородний, 2014, с. 183–210).

Как отмечалось ранее, срок действия трудового договора преподавателя напрямую не зависит от срока избрания его по конкурсу, а определяется сторонами договора, и, следовательно, основанием для заключения *срочного трудового договора* следует признать прежде всего соглашение сторон. Подобный вывод в полной мере соответствует ч. 2 ст. 59 ТК РФ, согласно которой срочный трудовой договор может заключаться с лицами, избранными по конкурсу, проведенному в порядке, установленном трудовым законодательством на замещение соответствующей должности.

Выводы

Конкурсные правоотношения относятся к категории *относительных правоотношений*, в которых каждый участник конкурсного отбора связан с образовательной организацией персонально. При этом возникает столько правоотношений, сколько имеется участников конкурса.

Необходимо предоставить образовательной организации право вносить изменения в ранее сделанное объявление о конкурсе или отменять его в том же порядке, в каком объявлялся конкурсный отбор, в течение определенного периода с момента опубликования объявления. Подобное право желательно отразить в Положении о конкурсном отборе.

В Положении о конкурсе профессорско-преподавательского состава желательно закрепить право работающего преподавателя отчитаться на заседании ученого совета при прохождении им очередной конкурсной процедуры по всем видам проделанной им работы за прошедший период избрания.

Впервые избранный претендент не должен по своей инициативе затягивать процедуру заключения трудового договора. Если в течение тридцати календарных дней он по собственной инициативе не появится в образовательной организации, то теряет право на заключение трудового договора с образовательной организацией, а указанная должность становиться вакантной и образовательная организация по этой должности может объявить новый конкурс.

Организация, осуществляющая образовательную деятельность по реализации образовательных программ высшего образования и дополнительных образовательных программ по своей инициативе не должна препятствовать своевременному заключению трудового договора с лицом, *впервые* успешно прошедшим конкурс на замещение преподавательской должности. Представляется, что в течение тридцати календарных дней образовательная организация в лице ректора (уполномоченного им лица) обязана заключить с избранным по конкурсу лицом трудовой договор. В противном случае образовательная организация в письменной форме должна изложить претенденту причину, которая препятствует заключению с ним договора, что позволит избранному по конкурсу лицу обжаловать действия образовательной организации в судебном порядке.

Биографическая аннотация:

кандидат юридических наук, доцент кафедры трудового права и охраны труда, Санкт-Петербургский Государственный Университет.

Литература

Завгородний, А. (2014). *Актуальные вопросы регулирования труда руководящих и педагогических работников образовательных организаций высшего образования в Российской Федерации*. Санкт-Петербург.

Гейхман, В. (1970). *Фактические составы как основание возникновения трудовых правоотношений*. Москва.

Дзегорайтис, А. (1969). *Конкурс в советском гражданском праве*. Ленинград.

Дзегорайтис, А. (1968). Конкурс в советском гражданском праве, *Правоведение*, (6).

Umowy o pracę z wykładowcami akademickimi jako rezultat postępowania konkursowego

Streszczenie

Wieloletnia praktyka przeprowadzania konkursów na wykładowców akademickich, w połączeniu z kolejnymi nowelami przepisów o porządku zawierania umów o pracę z pracownikami pedagogicznymi, w tym również z profesorami i wykładowcami, przyczyniła się do powstania w Rosji sytuacji będącej źródłem licznych nowych problemów, które nie znalazły jeszcze należytego odzwierciedlenia ani we współczesnym prawodawstwie, ani w nauce prawa.

W przedkładanym czytelnikowi artykule autor zwraca uwagę na specyfikę i problemy uregulowania stosunków prawnych związanych z postępowaniem konkursowym oraz stosunków pracowniczych wiążących kadrę akademicką w instytucjach edukacyjnych, na tle obowiązującego prawa Federacji Rosyjskiej. W artykule przedstawiono także konkretne propozycje i rekomendacje co do doskonalenia istniejących regulacji prawnych dotyczących instytucji edukacyjnych, realizujących programy kształcenia wyższego oraz uzupełniającego.

Słowa kluczowe: postępowanie konkursowe, pracownicze stosunki prawne, rada naukowa, kształcenie wyższe.

РАГИМА ЗЕЙНАЛОВА

Институт незаключенного договора в гражданском праве России

Instytucja umowy niezawartej w prawie cywilnym Rosji

Резюме

Проблема незаключенности гражданско-правового договора вызывает интерес не только с теоретической (цивилистической), но и практической стороны, поскольку зачастую на практике суды стараются не признавать договоры незаключенными, исходя из принципа свободы договора. Однако научные исследования на тему незаключенности договора характеризуются своей фрагментарностью. Понимание незаключённого договора как в теории, так и на практике не является однозначным, что, несомненно, привлекает внимание исследователя.

Статья дает комплексное видение института незаключенного договора на основе норм закона, теории и практики; исследуется понятие незаключенного договора через призму его понимания в римском праве; осуществляется описание и исследование оснований признания договора незаключённым (несогласование существенных условий договора, отсутствие передачи имущества по реальному договору, неисполнение требования о государственной регистрации договора). Применительно ко всем названным основаниям признания договора незаключенным делаются определенные выводы и предложения как по совершенствованию норм закона, так и по надлежащему и эффективному его применению на практике.

Ключевые слова: договор, признание незаключённым, понятие, применение, основания, исследование.

Понятие и правовая природа незаключенного договора

Вопрос о понятии и правовой природе незаключенного договора в юридической литературе традиционно рассматривается с позиции его соотношения с „недействительным договором", а также с позиций соотношения категорий „несостоявшейся сделки" и сделки „недействительной". Не вдаваясь в дискуссию по вопросу о соотношении понятий „договор" и „сделка", отметим, что понимание указанных категорий зависит от того, какой смысл мы вкладываем в термин „договор". Полагаем, наиболее верной в целях нашего исследования является позиция, согласно которой договор – разновидность сделки, а само понятие „сделка" является более широким и многогранным.

В римском праве названные категории недействительного и незаключенного договора отождествлялись. В источниках римского права предикат *nullus* применительно к юридическому акту означал отрицание самого существования акта, а не ничтожность или недействительность договора. *Nullus* был равнозначен *non nullus*, то есть „нет акта". Следовательно, для римлян акт либо существовал (тогда он производил полный эффект и не мог считаться ничтожным), либо не существовал (тогда не наступало никакого эффекта). В источниках средневекового права вплоть до эпохи кодификаций упоминание сделки как ничтожной следует понимать в смысле ее несуществования (Тузов, 2006).

Понятие „несостоявшейся сделки" или „незаключенного договора" известно также отечественной доктрине гражданского права. В законе мы не встретим непосредственно термина „незаключенный договор", однако в некоторых случаях это понятие выражено косвенным образом текстуально – договор „считается незаключенным" или договор „не может считаться заключенным". Кроме того, на практике стали распространены иски о признании договоров незаключенными и, соответственно, оперирование термином „незаключенный договор" (см. Постановления Президиума ВАС РФ (Высший Арбитражный Суд Российской Федерации, далее: ВАС РФ) № 1048612 от 15 января 2013 года, № 1218/12 от 3 июля 2012 года, № 12444/12 от 5 февраля 2013 года). Необходимо заметить в указанном аспекте о ведущейся дискуссии по поводу того, можно ли считать подачу искового заявления с требованием о признании договора незаключенным в качестве одного из способов защиты гражданских прав. Думается, что подход, придерживающийся позиции к институту незаключенности договора как способу защиты гражданских прав, ведет, по сути, к злоупотреблению правом, поощряемому государством, легитимирующему на уровне способов

защиты гражданских прав признание договора незаключенным. Такое понимание, полагаем, недопустимо. Как верно указывает А. Курбатов, признание договоров незаключенными в качестве отдельного способа защиты прав представляет собой искажение принципов деятельности судов. Суд самостоятельно не вправе признавать договор незаключенным, если обе стороны не договорятся и не выразят желания на рассмотрение спора судом (Курбатов, 2012).

В пункте 7.2. Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной решением Совета при Президенте Российской Федерации по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 07.10.2009, указано на необходимость решения вопроса о самой возможности исков о признании договоров незаключенными и правовых последствиях признания договора незаключенным.

В проекте Федерального закона № 47538-6 предлагается внести в часть первую ГК РФ (Гражданский кодекс Российской Федерации – далее: ГК РФ); ст. 446.1. регламентирующую самостоятельность иска о признании договора незаключенным и правовые последствия в случае его исполнения одной из сторон в виде применения правил о неосновательном обогащении (сбережении), а также предоставляющая суду и сторонам договора право восполнения незаключенности с целью стабилизации динамики будущего или уже существующего (когда исполнение осуществлено) обязательственного правоотношения (см. проект федерального закона № 47538-6 – во втором чтении).

Ошибка в рассмотрении незаключенного договора как способа защиты прав связана со смешением категорий незаключенности и недействительности сделок (договоров), а также возможностью применения по аналогии некоторых правил о недействительных сделках. Однако в современный период характерным является отграничение понятий незаключенности и недействительности (ничтожности) договора, что вполне справедливо. Стоит отметить, что данный подход, предусматривающий автономию названных категорий, приобретает особую значимость на практике в отсутствие хорошей полноценной теоретической базы. Н.В. Рабинович в свое время в основу разграничения недействительных и несостоявшихся сделок положила наступающие правовые последствия, указывая, что при несостоявшейся сделке ими служат обязательства из неосновательного обогащения, а при недействительной – те специальные последствия, которые установлены законом применительно к признанию сделок (договоров) недействительными по основанию, предусмотренному ГК РФ (Рабинович, 1960). В.П. Шахматов, напротив, ссылаясь на ст. 48 ГК 1964 г.,

пришел к выводу, что деление сделок (договоров) на недействительные и незаключенные не имеет практического значения, поскольку последствия этих сделок все равно определяются по правилам, установленным для недействительных сделок (Шахматов, 1967). Полагаем, позиция Н.В. Рабинович является предпочтительной, поскольку отвечает нуждам современного гражданского оборота. Стоит отметить, что для оспаривания юридического действия по незаключенному договору не подлежат применению правила о недействительности сделок, поскольку сам по себе состав и существо таких сделок существенно отличаются. При признании договора незаключенным наступают правовые последствия, предусмотренные гл. 60 ГК РФ о неосновательном обогащении, что вполне удовлетворяет интересы обеих сторон. Кроме того, невозможно признавать договоры незаключенными частично, так как иное означает, по сути, принуждение к заключению договора, что неверно.

В п. 1 статьи 339 ГК РФ предусмотрен перечень условий, которые должны быть указаны в договоре о залоге (предмет залога, его оценка, существо, размер и срок исполнения обязательства, обеспечиваемого залогом). В то же время в п. п. 2 и 3 той же статьи содержится указание на необходимость соответственно соблюдать правила о форме и регистрации договора. Кроме того, п. 4 ст. 399 ГК РФ посвящен недействительности соответствующих договоров. В нем специально обозначено, что указанное последствие наступает только при нарушении требований о форме и регистрации договора. Следовательно, нарушение правила об обязательном составе условий договора его недействительность влечь не может. Именно такое понимание сущности соответствующей статьи выражено применительно к одному из типов договоров в Постановлении Пленума ВС РФ (Верховный Суд Российской Федерации, далее: ВС РФ) и Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8. В нем подчеркнуто, что „если сторонами не достигнуто соглашения хотя бы по одному из названных условий либо соответствующие условия в договоре отсутствуют, договор о залоге не может считаться заключенным" (см. Постановление Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 о некоторых вопросах, связанных с применением части первой ГК РФ).

В специальных нормах ГК РФ об отдельных видах договоров чаще всего отсутствие существенного условия прямо оценивается как признание договора незаключенным. Имеются в виду п. 3 ст. 607 ГК РФ (объект аренды), п. 2 ст. 465 ГК РФ (количество товара), ст. 554 ГК РФ (определение предмета в договоре продажи недвижимости) и др.

Тем не менее, правовая конструкция нормы статьи 446.1 законопроекта не содержит понятия и исчерпывающих признаков незаклю-

ченного договора, а также не отвечает на вопрос об оценке и правовых последствиях последующего исполнения сторонами такого договора, то есть устраняют ли такие действия незаключенность договора либо, не влияя на саму квалификацию договора как незаключённого, лишь свидетельствуют о наличии между сторонами *de facto* сделки как таковой.

Арбитражная судебная практика по вопросу определения понятия незаключенного договора, как правило, следуя логике от обратного, рассматривает незаключённый договор как несостоявшуюся сделку, как состояние отсутствия юридического факта, исключающее возможную динамику соответствующего договорного обязательственного правоотношения (см. Постановления Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 20 апреля 2005 года по делу № А19-14382/04-19, от 6 сентября 2005 года по делу № А19-27687/04-26, от 18 сентября 2006 года по делу № А19-11388/06-10-31).

Представляется, что такое понимание незаключённого договора как несостоявшейся сделки не противоречит ни требованиям действующего гражданского законодательства, ни статье 446.1., которую предлагается включить в ГК РФ проектом Федерального закона № 47538-6, ни существующим теоретическим взглядам по проблемам несостоявшейся сделки, а также соотношения категорий „договор" и „сделка" (Чеговадзе, 2013).

Несогласование существенных условий договора

Данное основание единственное непосредственным образом предусмотрено в ст. 432 ГК РФ, устанавливающей основания признания договора незаключенным. Иные основания, о которых будет идти речь ниже, вытекают из иных положений закона. Так, в соответствии с п. 1 ст. 432 ГК РФ договор считается заключенным, если между сторонами, в требуемой в подлежащих случаях форме, достигнуто соглашение по всем существенным условиям договора. Существенными являются условия о предмете договора, условия, которые названы в законе или иных правовых актах как существенные или необходимые для договоров данного вида, а также все те условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Стоит отметить, что незаключенность договора является следствием недостижения его сторонами соглашения хотя бы по одному из существенных условий, если это условие нельзя определить по правилам толкования договора или закон прямо не указывает на правила

восполнения его отсутствия в договоре. Данный вывод системно вытекает из положений закона, а также пункта 1 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 29 сентября 1999 года № 48, где сказано, что при рассмотрении споров необходимо исходить из того, что указанный договор может считаться заключенным, если в нем перечислены определенные действия, которые обязан совершить исполнитель, либо указана определенная деятельность, которую он обязан осуществить. В том случае, когда предмет договора обозначен указанием на конкретную деятельность, круг возможных действий исполнителя может быть определен на основании предшествующих заключению договора переговоров и переписки, практики, установившейся во взаимных отношениях сторон, обычаев делового оборота, последующего поведения сторон и т.п. (ст. 431 ГК РФ).

В качестве существенных условий договора рассматриваются условия о предмете договора, условия, названные в законе или иных правовых актах как существенные либо необходимые для договоров этого вида, а также все те условия, о которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение (п. 1 ст. 432 ГК). Договор заключается в тот момент, когда стороны достигают соглашения по всем существенным условиям в той форме, которая установлена законодательством. Признак, который объединяет существенные условия в одну группу, не вызывает особых споров. Речь идет об условиях, формирующих договоры в целом и их отдельные типы (виды) в частности. Исходя из этого, существенными, по общему признанию, являются условия, необходимые и достаточные для того, чтобы договор считался заключенным и тем самым способным породить права и обязанности у его сторон (Брагинский и Витрянский, 1997).

Существенным условием любого договора является условие о его предмете. Условие о предмете – единственное, абсолютным образом отнесенное в ГК РФ к существенным, договорное условие. Так, предмет договора купли-продажи считается согласованным, если договор позволяет определить наименование и количество товара. Однако, применительно к составу существенных условий понятие предмета договора значительно сужается. Необходимость включать в договор условие о количестве обосновывается весьма элементарным соображением: без этого условия договор становится „ни о чем" (Брагинский и Витрянский, 1997). Может показаться, что именно такая ситуация складывается в договоре энергоснабжения, поскольку в силу п. 3 ст. 541 ГК РФ при выступлении в роли потребителя энергии, передаваемой через присоединенную сеть, гражданина (абонента), он вправе использовать энергию в количестве, которое для него необходимо. К тому же,

как позволяет сделать вывод соответствующая норма, сам гражданин определяет количество принимаемой им энергии.

Однако, в действительности, и в указанном договоре тоже присутствует условие о количестве. Все дело лишь в том, что оно определяется фактически используемым объемом. Здесь может быть проведена аналогия с обязательствами до востребования, при которых срок в обязательстве присутствует, но он будет конкретизирован впоследствии с тем, что право его определения заведомо принадлежит одной из сторон – кредитору. В договоре энергоснабжения применительно к количеству в этой роли выступает потребитель – такой же кредитор в обязательстве подавать энергию.

В самом элементарном виде предмет выражается в формуле „что и сколько". В связи с этим законодатель обязывает определить предмет договора максимально точно. Так, в договоре дарения указание конкретного предмета имеет двойственное значение. Прежде всего, из п. 2 ст. 572 ГК РФ вытекает, что он является существенным условием и без него договор дарения должен считаться незаключенным. При этом договор, в который вместо указания соответствующего предмета включено обещание подарить все свое имущество или его часть, признается ничтожным, поскольку такое условие включать запрещено в силу той же ст. 572 ГК РФ. Помимо прочего, появление соответствующей статьи объясняется тем, что в противном случае предмет договора и сам договор становятся неопределенными.

Наиболее скупо условие о предмете выражено применительно к договору купли-продажи в п. 3 ст. 455 ГК РФ: наименование и количество товара. В некоторых случаях для предмета договора используется описательная формула. Так, в п. 3 ст. 607 ГК РФ предусмотрена необходимость включать в договор аренды данные, позволяющие определенно установить подлежащее передаче имущество. Возможны случаи, когда для индивидуализации предмета используется такой показатель, как его стоимость (п. 3 ст. 919 ГК РФ – для договоров, заключаемых с ломбардом).

Что же касается самого характера предмета договора, то в этой роли могут быть названы „имущество" (п. 1 ст. 583 ГК), „недвижимое имущество" (п. 1 ст. 549 ГК РФ), „вещь и имущественное право" (п. 1 ст. 572 ГК), „услуга" (п. 1 ст. 779 ГК РФ), „товары" (п. 1 ст. 525 ГК РФ), „энергия" (п. 1 ст. 539 ГК РФ), „непотребляемая вещь" (ст. 666 ГК РФ), „техническая документация" (ст. 758 ГК РФ) и „деньги или другие вещи, определенными родовыми признаками" (п. 1 ст. 807 ГК РФ).

В отличие от наименования и количества условие о качестве не является само по себе существенным ни как таковое, ни как часть

условия о предмете договора (Суханов, 1993). В данном случае имеется в виду, что в силу ст. 309 ГК РФ обязательство должно исполняться надлежащим образом в соответствии с его условиями и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований – в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями. Последние, и именно применительно к одному из основных элементов надлежащего исполнения – качеству, в ряде случаев конкретизируются применительно к отдельным видам договоров. Например, п. 2 ст. 469 ГК РФ предусматривает, что при отсутствии в договоре купли-продажи условия о качестве подлежит поставке товар, пригодный для целей, для которых товар такого рода обычно используется. Однако независимо от наличия соответствующей конкретизации сама ст. 309 ГК РФ содержит тот „запасной" вариант, который позволяет не считать условие о качестве существенным для данного договора. Специальное решение содержится в нормах, посвященных некоторым видам (типам) договоров. Так, применительно к подряду установлено, что качество работы должно отвечать условиям договора; однако при отсутствии или неполноте условий договора качество должно соответствовать требованиям, которые обычно предъявляются к работам соответствующего рода (п. 1 ст. 721 ГК РФ).

Также, когда речь идет о непоименованных договорах, т.е. таких, которые заведомо отличаются отсутствием для них специального законодательного регулирования, а значит, и установлением перечня отражающих специфику этого типа (вида) договоров обязательных условий, в число существенных включаются условия, которые необходимы для данного вида договоров. Таким образом, например, указание на круг существенных (обязательных условий) в какой-либо главе второй части Кодекса или в специальных правовых актах, посвященных соответствующему типу (виду) договоров, является возможным, но не обязательным. Следовательно, приведенные положения позволяют сделать вывод, что применительно к договорным моделям, не предусмотренным ГК или другими правовыми актами, существенными должны признаваться только предмет, условия, являющиеся необходимыми для данного договора, а также те, относительно которых по требованию одной из сторон должно быть достигнуто соглашение. И только для выделенных в Кодексе (другом правовом акте) договоров действует в полном объеме его ст. 432 с ее группами существенных условий. Следовательно, различие состоит в том, что для не предусмотренных в ГК РФ или другом правовом акте договоров не действует правило о признании существенными для них условий,

расцениваемых соответствующим образом законом или иными правовыми актами.

По мнению Р.О. Халфиной „закон дает обязательный, но не исчерпывающий, а примерный перечень условий, относительно которого должно быть достигнуто соглашение сторон" (Красавчиков, 1968). Ныне действующий Кодекс содержит, помимо отсылок к воле сторон, четко обозначенный перечень прямо названных им условий или условий, которые могут быть определены из природы самой модели определенного вида (типа) договора. Следовательно, не совсем верным является указание на то, что „установление круга существенных условий каждого конкретного договора зависит от воли сторон" (Красавчиков, 1968). Кроме того, в ГК содержатся для многих конкретных договорных типов достаточно широкий круг абсолютно обязательных условий, которые необходимо согласовать. И все это наряду с обязательным набором условий, содержащихся в ст. 432 ГК РФ.

О.А. Красавчиков, подразделяя все возможные условия договора на существенные и несущественные, относил к числу первых „те договорные условия, которые имеют юридическое значение, то есть влияют на формирование и существо правоотношения, возникающего из соответствующего договора" (Красавчиков, 1968). Сюда он, в частности, включал условия относительно участников правоотношения, его предмета и цены последнего, времени и способах исполнения договорного обязательства.

Видится, что указанным автором признаком в действительности обладают любые условия, включенные в договор. Тем самым с его же позиции не остается места для одновременного выделения условий „несущественных". Кроме того, вряд ли можно считать договорным „условие относительно участников", поскольку в принципе невозможно соглашение сторон о том, кто именно из них будет участником.

Невозможно устанавливать цель выделения существенных условий за пределами общепризнанного – того, что они являются необходимыми и достаточными для достижения соглашения, и в зависимости от цели определять значимость соответствующих условий. Этот упрек можно было адресовать, например, Ф.И. Гавзе, который полагал обязательным относить к существенным условиям все, что конкретизирует предмет договора, другие пункты, которые важны для установления природы договора, например, цену по договорам возмездным, указание на безвозмездность для безвозмездных договоров и все остальные пункты, без согласия по которым должник не может приступить к исполнению обязательств (Гавзе, 1972). Все то, о чем писал автор,

должно быть адресовано исключительно тем, кто создает нормы – законодателям, но не тем, кто их применяет. Для правоприменителей указанное выделение отдельных условий по признаку их значимости роли не играет. В этой связи заслуживает внимания точка зрения В.В. Витрянского применительно к существенным условиям. Так, в новом ГК РФ для договора аренды такие условия сведены до минимума: существенным в силу закона является лишь условие о предмете (объекте) аренды (ст. 607 ГК РФ). К существенным в силу закона не отнесены даже такие важные для аренды условия, как срок (учитывая временный характер владения и пользования арендованным имуществом) и размер платы за аренду, исходя из возмездности данного договора. По мнению ученого, данный подход не является логически верным, в связи с тем, что согласно этому взгляду существенными условиями договора могут быть признаны только такие его условия, отсутствие которых в тексте договора влечет признание его незаключенным и в этом случае само понятие „существенные условия договора" определяется путем указания на последствия отсутствия таких условий в договоре. Так, содержание и само существование одной из важнейших категорий договорного права ставятся в зависимость от техники законодательной работы (Брагинский и Витрянский, 1997). И, действительно, данная точка является, на наш взгляд, вполне обоснованной – не стоит категорию существенных условий гражданско-правового договора ставить только в плоскость законодательной техники.

В связи с этим интересной является норма ст. 446[1] „Оспаривание заключенного договора" Проекта изменений в раздел 3 ГК РФ: „1. Договор, при заключении которого сторонами не было достигнуто соглашение по условиям, определяющим предмет договора, признается судом незаключенным по требованию одной из сторон договора. 2. Договор, при заключении которого сторонами не было достигнуто соглашение по одному из иных существенных условий, и данное условие не может быть определено по правилам, предусмотренным настоящим Кодексом, законом или иным правовым актом, может быть признан судом незаключенным, в том числе по требованию одной из сторон договора. Если иное не предусмотрено законом или не вытекает из существа договора, при рассмотрении спора по требованию одной из сторон договора о признании договора незаключенным суд вправе по заявлению другой стороны признать договор заключенным и определить соответствующее существенное условие договора, по которому не было достигнуто соглашение сторон при заключении договора

с учетом необходимости обеспечить баланс интересов обеих сторон договора и исходя из требований разумности и справедливости. 4. В случае признания судом договора незаключенным, к отношениям сторон, связанным с исполнением этого договора, применяются правила настоящего Кодекса об обязательствах вследствие неосновательного обогащения (гл. 60), если иное не предусмотрено законом или соглашением сторон" (см. Проект изменений в раздел III ГК РФ). Данная статья признает недостижение соглашения по одному из существенных условий договора основанием для признания договора незаключенным. Однако, здесь возможно признание договора заключенным, а существенное условие согласованным по обоснованному требованию одной из сторон.

Некоторые нормы ГК РФ, иных законов и других правовых актов ограничивается указанием на необходимость включать в тот или иной договор определенный круг условий. Это относится, в частности, к условиям учредительных договоров при создании юридических лиц, построенных на началах членства (п. 2 ст. 52 ГК РФ), специально применительно к учредительным договорам полного товарищества (п. 2 ст. 70 ГК РФ), товарищества на вере (п. 2 ст. 83 ГК РФ). В подобных случаях отсутствие соответствующего условия в договоре не всегда влечет за собой признание его незаключенным, если только оно не должно считаться необходимым для данного конкретного договора или одна из сторон настаивает на его принятии. При возникновении спора относительно значения такого условия, которое входит в перечень подлежащих согласованию, но не названных прямо существенными условий, оценку дает суд. При этом он исходит из презумпции: соответствующие условия являются существенными.

Исходя из положений закона, иногда определенные условия прямо не называются существенными, но зато в самой норме вслед за обязательностью включения ее в договор воспроизводятся общие положения о последствиях недостижения согласия между сторонами по таким условиям. Например, установлена необходимость конкретизировать объекты в договоре аренды с тем, что в противном случае это условие признается несогласованным, а соответствующий договор не считается заключенным (п. 3 ст. 607 ГК РФ). Далее договор о продаже товаров в кредит с условием о рассрочке платежа признается заключенным, если в нем наряду с другими существенными условиями купли-продажи указаны цена товара, порядок, сроки и размеры платежей (п. 1 ст. 489 ГК РФ), а договор продажи недвижимости не будет признаваться заключенным при отсутствии данных, которые позволяют

определенно установить расположение недвижимости, в том числе на соответствующем земельном участке либо в составе другого недвижимого имущества (ст. 554 ГК РФ). Вряд ли вызывает сомнение заключение о том, что во всех этих случаях речь идет именно о существенных условиях.

Отсутствие передачи имущества по реальному договору

Следует отметить, что в проекте Федерального закона № 47538-6 не предусмотрен как незаключенный реальный договор, по которому фактической передачи имущества не произошло. Применительно к договору займа подход как сложившийся отражен, например, в пункте 1 Обзора судебной практики ВС РФ за третий квартал 2012 года, утверждённого Президиумом ВС РФ 26 декабря 2012 года. Правильность и обоснованность такого подхода не вызывает сомнений. В соответствии с п. 2 ст. 433 ГК РФ если в соответствии с законом для заключения договора необходима также передача имущества, договор считается заключенным с момента передачи соответствующего имущества. Согласно п. 1 ст. 224 ГК РФ передачей признается вручение вещи приобретателю, а равно сдача перевозчику для отправки приобретателю или сдача в организацию связи для пересылки приобретателю вещей, отчужденных без обязательства доставки.

Таким образом, п. 2 ст. 433 ГК РФ предусматривает конструкцию реального договора. Данный вид договора известен еще со времен римского права – для возникновения прав и обязанностей необходимо не только наличие соглашения, но требуется также и совершение как минимум одной из сторон действий по передаче другой стороне причитающихся ей по договору вещей. Исходя из положения п. 2 ст. 433 ГК РФ, значение и суть конструкции реального договора заключается в следующем: 1) само возникновение обязательства ставится законодателем в зависимость от факта передачи вещи одной стороной другой, то есть без такой передачи соглашение не будет считаться заключенным и правоотношение не возникнет; 2) заинтересованность одной из сторон в передаче не опосредуется непосредственно самим обязательством по передаче. Полагаем, не вполне обоснованным подход, утверждающий сделочную природу передачи имущества по реальному договору, а равно понимание передачи имущества по реальному договору как одной из составляющих юридического состава (действия) по заключению договора (Сергеев,

2008). При таком подходе, по сути, пришлось бы признать, что действия по осуществлению государственной регистрации договора, а также по согласованию существенных условий аналогично имеют сделочную природу, что значительно искажает и усложняет понимание заключения договора как некоего единого действия. Как верно, на наш взгляд, рассуждает Е.Я. Мотовиловкер, сделочная природа того или иного действия определяется его специальной направленностью на собственно возникновение обязательства, однако передача имущества по реальному договору такой направленности не имеет, поскольку таковая полностью поглощается самим соглашением. Поскольку „именно оно определяет, какие именно действия и на каких условиях обязана будет совершить сторона договора после получения другой оговоренного имущества: то ли обеспечить его сохранность, то ли возвратить сумму займа, то ли возвратить переданное в пользование имущество" (Мотовиловкер, 2011). Следует согласиться с ее позицией относительно того, что передача вещи не представляет собой какого-либо действия по заключению договора. Так, она указывает, что передача имущества „является действием, которое доводит уже совершенный договор до состояния заключенности, но не действием по его заключению" (Мотовиловкер, 2011). Передача вещи, по сути, является действием, опосредующим исполнение по уже заключенному договору. То есть передача вещи в ситуации заключения реального договора не является элементом фактического состава сделки, где она пребывает вместе с соглашением, а выступает в качестве элемента юридического состава, производящего обозначенное в договоре обязательство. В этом составе соглашение выступает основанием возникновения правоотношения, а передача – необходимым условием его возникновения (Мотовиловкер, 2011). Данный подход обосновывается сущностным разграничением терминов „основание возникновения правоотношения" и „условия его возникновения". Условия необходимы во исполнение возникшего основания.

В анализируемом аспекте интересным представляется вопрос о соотношении категорий „сделка" и „передаточный акт" или „акт приемки работ". Практика, отличаясь отсутствием единообразия, выработала два подхода. Одни суды исходят из того, что передаточный акт удостоверяет исполнение по договору и собственно не является сделкой (например, постановления Арбитражных судов Волго-Вятского округа от 9 августа 2013 года по делу № А79-10389/2012, Поволжского округа от 22 апреля 2014 года по делу № А65-31458/2012 и от 2 октября 2013 года по делу № А57-1313/2013). Другие суды, напротив, признают за передаточным актом характер сделки, указывая, что передаточное

распоряжение отвечает критериям таковой, которой признается, в частности, действие юридического лица, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей (например, постановления Арбитражного суда Уральского округа от 13 марта 2014 года по делу № А60-26251/2011, Четырнадцатого арбитражного апелляционного суда от 26 сентября 2013 года по делу № А05-3656/2013).

На практике возникают также вопросы о том, признавать ли в качестве односторонней сделки отказ от исполнения договора и отказ от продления договора (некоторые суды полагают, что данные действия являются односторонними сделками – например, постановление Восемнадцатого арбитражного апелляционного суда от 8 апреля 2014 года по делу № А47-2565/2013); следует ли признавать сделкой акт выполненных работ – например, постановление Арбитражного суда Уральского округа от 13 декабря 2012 года по делу № А47-2786/2012 и т.д.

Таким образом, в контексте п. 2 ст. 433 ГК РФ становится очевидным, то передача имущества по реальному договору представляет собой не что иное как некое действие фактического характера, лежащее в основании сделки и опосредующее возникновение правоотношения между сторонами заключенного договора, выступая в качестве обязательного условия для признания реального договора заключенным.

Неисполнение требования о государственной регистрации договора

Стоит отметить, что существующее состояние регистрационного режима характеризуется правоведами как „хаотичное вследствие отсутствия четкого понимания природы и назначения государственной регистрации и потому допускающее неоправданное расширение ее предмета" (Мотовиловкер, 2011), поскольку регистрации подлежат и права и некоторые виды сделок. Следствием отсутствия полноценного подхода к понятию и правовой природе государственной регистрации договора явилась непоследовательность законодателя в определении правовых последствий отсутствия государственной регистрации договора в виде его недействительности и незаключенности, которые, напротив, должны четко разграничиваться. Так, согласно п. 3 ст. 433 ГК РФ договор, подлежащий государственной

регистрации, считается заключенным с момента его регистрации, если иное не установлено законом.

Данная норма ГК РФ дифференцирует правовые последствия неисполнения требования о государственной регистрации договора. Из приведенного положения ГК РФ следует, что государственная регистрация имеет либо конститутивное значение, то есть определяет момент заключения договора, либо является условием его действительности (Болтанова, 2001). Последний вывод вытекает из формулировки пункта 3 статьи 433 ГК РФ – „если иное не установлено законом". Следовательно, общим правилом отсутствия государственной регистрации договора, подлежащего таковой, является его незаключенность, специальным – в случаях, предусмотренных законом – его недействительность. Из пункта 3 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 11 января 2002 года № 66 обзор практики разрешения споров, связанных с арендой также следует, что отсутствие государственной регистрации договора аренды не дает возможность считать такой договор заключенным (см. информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 января 2002 года № 66).

В пункте 2 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 года № 165 обзор судебной практики по спорам, связанным с признанием договоров незаключенными (далее – Обзор) п. 2 ст. 651 ГК РФ рассмотрен в контексте п. 1 ст. 164 ГК РФ (в редакции, действующей с 01.09.2013) и сделан вывод, что совершенный в надлежащей форме договор, все существенные условия которого согласованы сторонами, однако требуемая государственная регистрация не осуществлена, не порождает всех последствий, на которые он направлен, до осуществления регистрации. Вместе с тем такой договор уже с момента достижения сторонами соглашения по всем его существенным условиям влечет правовые последствия в отношениях между ними, а также может породить весь комплекс последствий, на которые он непосредственно направлен, после государственной регистрации (см. информационное письмо Президиума ВАС РФ от 25 февраля 2014 года № 165). Данный вывод сделан Президиумом ВАС РФ применительно к возможности признания недействительным договора, подлежащего государственной регистрации, но не прошедшего таковой. Другими словами, суть рассматриваемого вопроса состояла в том, можно ли признать недействительным договор, не прошедший государственную регистрацию, поскольку согласно норме п. 3 ст. 433 ГК РФ, такой договор является незаключенным. А, как известно, недействительным можно признать только договор заключенный, имеющий порок в каком-либо из его элементов. В связи с данным

обстоятельством возникает закономерный вопрос о том, какова правовая природа государственной регистрации договора. Следует ли ее квалифицировать в качестве этапа заключения договора (Болтанова, 2001), дополнительного требования к форме заключения договора, формы договора или одного из юридических фактов, составляющих полноценный юридический состав (заключенный договор). Стоит отметить, что на данный момент отсутствует прочная теоретическая база, позволяющая однозначно отнести природу государственной регистрации договора к чему-либо из перечисленного. Однако нами был проведен анализ категории „государственная регистрация договора" и сделаны определенные выводы в целях исследования правовых последствий ее отсутствия. Прежде всего, отметим, что государственная регистрация представляет собой административный акт, подтверждающий внешне заключение договора. Как верно утверждает Д.О. Тузов, „государственная регистрация может придать юридическую силу договору, но не может каким-либо образом повлиять на его заключение, поскольку заключают договор стороны, а не регистрирующий орган" (Тузов, 2006). Действительно, до государственной регистрации договор не имеет действия, юридической силы, но он является все же заключенным, поскольку в противном случае нечего было бы и регистрировать. С момента государственной регистрации договор начинает действовать уже в полную силу, в том числе и для всех третьих лиц. В частности, А.М. Эрделевский, разграничивая государственную регистрацию прав и государственную регистрацию сделок, указывает, что „в первом случае сделка уже действует и регистрация необходима для того, чтобы во исполнение этой сделки произошел переход прав на недвижимое имущество, а во втором случае – регистрация необходима для вступления в силу самой сделки" (Эрделевский, 1997). Изложенные позиции в целом совпадают с подходом, отраженным в Обзоре.

Поскольку государственная регистрация сделки представляет собой публично-правовой акт, по сути, складывается ситуация при которой государство внедряется в частно-правовую сферу, легитимируя совершаемые контрагентами сделки. Соответственно, если исходить из правоустанавливающего значения государственной регистрации, ставится под сомнение само существование основных начал гражданского права, в частности, автономии воли (поскольку воля сторон как таковая в ее первозданном значении будет терять смысл) и свободы договора (в аспекте воплощения этой самой воли), которые в таком случае будут носить исключительно декларативный характер, что недопустимо. Поэтому предлагаем исходить из того, что государство, осуществляя регистрацию договора, лишь подтверждает дополнительно правомер-

ность элементов заключенной сделки, в том числе наличие воли. Следовательно, государственная регистрация – это не столько обязательный этап заключения договора (поскольку и без таковой договор будет признан фактически заключенным), сколько дополнительное требование к договору, придающее ему именно юридическую силу. Запись в государственном реестре носит не правоустанавливающий, а технический характер, и имеет значение для третьих лиц. Такой подход, в частности, находит свое отражение и в судебной арбитражной практике (см. Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 26 июля 2011 года по делу № А33-13999/2010). Аналогичное понимание института государственной регистрации применительно к правам можно найти и в литературе (Шеметова, 2014). Так, Н.Ю. Шеметова замечает, что подтверждающий эффект изначально был уже предусмотрен в п. 2 ст. 551 ГК РФ, согласно которой исполнение договора продажи сторонами до государственной регистрации перехода права собственности не является основанием для изменения их отношений с третьими лицами. Учитывая то обстоятельство, что государственная регистрация представляет собой самостоятельный институт, имеющий двойственный характер – и частно-правовой (в случае согласования сторонами) и публичной-правовой (как административный акт), выполняющий единые функции, подход, изложенный в названной статье в контексте прав на недвижимое имущество, вполне применим по аналогии к государственной регистрации сделок, в частности, договоров. Связано это с тем, что законодатель не проводит никакого разграничения между процедурами регистрации прав и сделок, осуществляя тем самым смешение юридической (например, вещных прав) и технической регистрации (договоров).

Вышеназванное положение Обзора не разрешило, а создало еще больше противоречий, иначе истолковав п. 3 ст. 433 ГК РФ, предусматривающий незаключенность договора вследствие отсутствия государственной регистрации, и, как видится, не безосновательно. Судебная арбитражная практика преимущественно также исходит из того, что отсутствие государственной регистрации, предусмотренной законом, никоим образом не сказывается на заключенном между сторонами договоре, поскольку обязательные связи непосредственно между контрагентами уже возникли, когда было произведено какое-либо исполнение по заключённому договору (см., например: определение Конституционного суда Российской Федерации от 5 июля 2001 года № 154-О, постановления Арбитражных судов Западно-Сибирского округа от 28 марта 2014 года по делу № А81-2007/2013, от 31 января 2014 года по делу № А27-4242/2013, от 25 февраля 2014 года по делу

№ А75-3672/2013, Восточно-Сибирского округа от 9 декабря 2011 года по делу № А10-93/2011, от 19 марта 2014 года по делу № А58-991/2013, от 21 августа 2013 года по делу № А33-8866/2009). Суды указывают, что к моменту совершения акта государственной регистрации процесс выражения воли участниками сделки уже завершен, и акт государственной регистрации означает лишь публичную констатацию государством законности совершенной сделки и создает презумпцию осведомленности о факте совершения сделки остальных участников гражданского оборота (см. Постановление Арбитражного суда Восточно-Сибирского округа от 12 сентября 2011 года по делу № А58-7854/2010). Данный подход поддержан и в постановлении Пленума ВАС РФ от 17 ноября 2011 года № 73 об отдельных вопросах практики применения правил Гражданского Кодекса Российской Федерации о договоре аренды. В названном постановлении указано на возможность применения в этом случае условий подписанного сторонами договора. Однако в ситуации, когда никакого исполнения вообще не производилось, не все так очевидно. Суду при наличии заявления соответствующего лица о признании договора незаключённым, основываясь на фактических обстоятельствах, необходимо устанавливать, заключен ли такой договор (не имеющий государственной регистрации). При этом в судебной арбитражной практике наблюдается устойчивая тенденция к максимальному сохранению сделки.

Очевидно, что общим правовым последствием отсутствия государственной регистрации договора является его незаключенность в строго юридическом смысле при условии обращения лица в суд для констатации данного факта и применения соответствующих последствий в случае, если производилось какое-либо исполнение (гл. 60 ГК РФ). Отметим, что суд по своей инициативе не вправе устанавливать факт незаключенности гражданско-правового договора. Обусловлено данное обстоятельство тем, что зачастую на практике складывается ситуация, при которой в отсутствие государственной регистрации договора между сторонами складываются фактические отношения по исполнению обязательств „заключенного" договора, обуславливающие его динамику, которые, в свою очередь, не исключают состояние незаключенности такого договора, становящееся „застывшим" (до момента подачи соответствующего заявления в суд о признании такого договора незаключенным). Безусловно, такой подход также имеет свои минусы, в частности, недобросовестное лицо может исполнять соответствующую сделку до тех пор, пока ей выгодно, а затем заявить об отсутствии государственной регистрации такого договора, тем самым „активировав" его незаключенность. В таком случае очевидно наличие факта

злоупотребления правом – состава гражданского правонарушения (ст. 10 ГК РФ). Дело в том, что рассматриваемый подход связан с пониманием договора как документа, незаключенность которого является следствием наличия дефекта в его оформлении – государственной регистрации.

Однако в понимании договора через призму договор-правоотношение судам соответственно необходимо квалифицировать фактически сложившееся между сторонами обязательство. Договором данные фактические отношения суд назвать не может, поскольку он уже является незаключенным по закону в силу отсутствия государственной регистрации в соответствии с п. 3 ст. 433 ГК РФ.

В связи с вышеизложенным, полагаем, что сама по себе государственная регистрация договора – институт излишний для современного гражданского оборота. Для усовершенствования и мобильности современного гражданского оборота будет целесообразным устранение необходимости государственной регистрации договоров.

Биографическая аннотация:

преподаватель кафедры международного права и сравнительного правоведения Юридического института Иркутского государственного университета.

Литература

Болтанова, Е. (2001). *Договор купли-продажи недвижимости (общие положения)*. Томск: Издательство Томского университета.

Брагинский, М., Витрянский, В. (1997). *Договорное право. Кн.1. Общие положения*. Москва: Статут.

Брагинский, М., Витрянский, В. (1997). *Договорное право. Договоры о передаче имущества*. Москва: Статут.

Гавзе, Ф. (1972). *Социалистический гражданско-правовой договор*. Москва: Юридическая литература.

Гражданское право: учебник. (1993). Е. Суханов (ред.). Т. 2. Москва: Волтерс Клувер.

Гражданское право: учебник: в 3 т. (2008). А. Сергеев (ред.). Т. 1. Москва: Проспект.

Грачев, В. (2006). Правовая природа традиции. *Сборник статей к 55-летию Е.А. Крашенинникова*. П. Варул (ред.). Ярославль.

Курбатов, А. (2012). Существенные условия и незаключенность договоров: проблемы теории и практики. *Хозяйство и право*, (6).

Мотовиловкер, Е. (2011). Спорные вопросы теории сделок. *Вестник гражданского права*, (4).

Рабинович, Н. (1960). *Недействительность сделок и ее последствия*. Ленинград: Издательство Ленинградского университета.

Советское гражданское право. (1968). О. Красавчиков (ред.). Т. 1. Москва: Высшая школа.

Тузов, Д. (2006). О понятии „несуществующей" сделки в российском гражданском праве. *Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации*, (10).

Чеговадзе, Л. (2013). О договорах и сделках как юридических фактах. *Законы России: опыт, анализ, практика*, (6).

Шахматов, В. (1967). *Составы противоправных сделок и обусловленные ими последствия*. Томск: Издательство Томского университета.

Шеметова, И. (2014). Государственная регистрация прав на недвижимое имущество и сделок с ним: правовое значение и проблемы применения. *Вестник Удмуртского университета*, (2).

Эрделевский, А. (1997). Регистрация прав на недвижимость. *Законность*, (11).

Instytucja umowy niezawartej w prawie cywilnym Rosji

Streszczenie

Problematyka niezawartej umowy cywilnoprawnej budzi zainteresowanie nie tylko w aspekcie teoretycznym (cywilistycznym), lecz także w aspekcie praktycznym. W praktyce orzeczniczej sądy niejednokrotnie starają się unikać uznawania umów za niezawarte, dając prymat zasadzie swobody umów. Wypada podkreślić, że badania w przedmiocie umów niezawartych pozostają badaniami fragmentarycznymi. Rozumienie instytucji umowy niezawartej zarówno w teorii jak i w praktyce jest niejednoznaczne, co niewątpliwie przyciąga uwagę badaczy.

Artykuł daje kompleksowy obraz instytucji niezawartej umowy cywilnoprawnej w świetle norm prawnych, teorii oraz praktyki. Zbadano w nim pojęcie umowy niezawartej przez pryzmat jej rozumienia w prawie rzymskim, a także zbadano i opisano przesłanki uznania umowy za niezawartą (brak porozumienia co do istotnych postanowień umowy, brak przekazania majątku przy umowie realnej, uchybienie obowiązkowi państwowej rejestracji umowy). W odniesieniu do każdej z wymienionych przesłanek uznania umowy za niezawartą dokonano stosownego podsumowania oraz sformułowano propozycje zarówno w zakresie dopracowania norm prawnych, jak i w zakresie ich właściwego oraz efektywnego stosowania w praktyce.

Słowa kluczowe: umowa, uznanie za niezawartą, pojęcie, zastosowanie, przesłanki, badanie.

АЛИСА БЕСОВА

Образовательный ценз кандидата в мировые судьи по Судебным Уставам 1864 г.

Cenzus wykształcenia dla kandydatów na sędziego pokoju według Statutów Sądowych z 1864 r.

Резюме

Каков портрет мирового судьи дореволюционной России? Закон не предъявлял к кандидату на должность мирового судьи требований специального образования, но вместе с тем он устанавливал строгий имущественный ценз. Цель настоящего исследования – выявить причины введения именно таких ограничений, а также показать, как их соотношение приводило к тому, что выборную должность мирового судьи могли занять только представители тонкой зажиточной прослойки дореволюционного общества. Хронологическими рамками исследования являются 60-е гг. XIX в. – время судебных преобразований в Российской империи.

Ключевые слова: мировой судья, ценз, имущество, образование, преобразования, Российская империя.

1. Введение

Одной из заслуг судебной реформы Александра II являлось введение в российскую судебную систему института мировых судей. Его задачей было освобождение общих судов от большого количества

малозначительных гражданских и уголовных дел. Более того, мировой суд должен бы воплотить ожидания о суде скором, правом и милостивом и равном для всех (Указ Правительствующему Сенату 20 ноября 1864 года. Полное собрание законов Российской империи, Санкт-Петербург, 1867, в 55 т. Т. XXXIX, с. 180). Он создавался не просто как судебный орган, но и как власть, наиболее приближенная к населению, знавшая его насущные нужды и проблемы.

К кандидату на должность мирового судьи не предъявлялось требование специального образования. В ст. 19 Указа об учреждении судебных установлений и о Судебных Уставах от 20 ноября 1864 г. (далее: УСУ) указывалось, что он должен был окончить высшее или среднее учебное заведение либо иметь практические навыки по производству судебных дел, то есть не менее трех лет занимать должность, при исполнении которой он мог приобрести подобный опыт (Высочайше утвержденное Учреждение судебных установлений. Полное собрание законов Российской империи, Санкт-Петербург, 1867, в 55 т. Т. XXXIX, с. 182).

В противовес демократичному образовательному цензу высокий имущественный ценз значительно ограничивал круг возможных кандидатов.

В итоге, лояльность образовательного ценза кандидатов в мировые судьи и строгость имущественного имели неоднозначные последствия и вызывали бурные дискуссии среди юристов. Конечно, данная проблема была особенно актуальна в последней трети XIX столетия – в период становления и развития этого института в Российской империи. Тем не менее, вопрос необходимого уровня образования мировых судей сохраняет свою актуальность и поныне в виду относительно недавнего возрождения мировой юстиции в России, а значит, исторический опыт здесь может быть вполне уместен и даже необходим.

2. Факторы, повлиявшие на установление образовательного ценза кандидатов в мировые судьи

2.1. Идея патриархального мирового суда

Эффективность работы судебной системы во многом зависит от уровня профессиональной подготовки кадров – неудивительно, что при разработке норм о введении мирового суда встал вопрос об образовательном цензе кандидатов в мировые судьи.

Думается, создатели Судебных уставов приняли во внимание тот факт, что юридические воззрения русского народа носили патриархальный характер. В основе традиционных договорных отношений лежало понятие бесчестности нарушения обещаний, а также доверие к личности, поэтому „практически во всех своих сделках по имуществу русский человек не становился на почву формальностей" (Березин, 1883, с. 47–49). Духовно-нравственные традиции и безграмотность большинства населения, его отдаленность от мест совершения письменных актов по форме и нежелание тратить время на судебную волокиту – все это в совокупности обусловило существование обычая, по которому договоры часто заключались словесно при свидетелях на случай смерти или обмана „лихим человеком". Свидетельские показания считались у простых людей самым достоверным и бесспорным доказательством.

Изменение характера договорных отношений путем требования обязательного выполнения установленных в законе формальностей было нежелательным. Такое требование могло развить в народе понятия казуистики, дать преимущество „лихим людям", не уважающим святости заключенных договоров.

Следовательно, для разрешения мелких споров, возникавших среди населения, было необходимо учреждение такого суда, деятельность которого совершалась бы по законам дозволительного свойства, а не принудительным. В таком суде большинство людей могло бы видеть защитника своих прав, а не покровителя „лиходеев", и признавать его решения правильными, а „не по-божески" постановленными.

Словом, требовался справедливый, основанный на народных понятиях суд – уже по этой причине мировой судья должен был иметь среди местных жителей заслуженный авторитет и больше житейской мудрости и практических сведений, чем юридических познаний.

Возможно, на рассуждениях именно такого свойства основывалась выдвинутая статс-секретарем Государственного совета С.И. Зарудным концепция „судей-примирителей". Их главной задачей было „примирение" спорящих сторон путем „суда по совести", то есть судебного разбирательства, основанного на следовании местным обычаям, традициям и нравам, а не строгой букве закона (Лонская, 2000, с. 35).

Кроме того, старая судебная система работала крайне неэффективно. Издержки разбирательств в несложных делах превосходили всякую меру в сравнении с малоценностью интересов, составлявших предмет тяжб. Разработчики реформы понимали, что в данных ситуациях нужно было не столько опасаться ошибок, сколько заботиться о скором удовлетворении жалоб, причем желательно на месте (Журнал Соединенных департаментов законов и гражданских дел

Государственного совета о преобразовании судебной части в России, 1862, № 65, с. 21). Следовательно, новые судьи должны были „знать дело – для самого дела, уметь дерзать, не ожидая указаний и наставлений, а развивая свою деятельность с сознанием несомой ответственности" (Арсеньев, 1904, с. 38).Они не должны были превращаться в крючкотворцев, дискредитировать государственную власть постоянной волокитой в судах. От них требовалось не знание всех тонкостей и формальностей закона, а здравый смысл, честность и гибкость мышления, которых было достаточно для рассмотрения маловажных дел и малоценных исков.

Таким образом, соображения, по которым от мировых судей должно было требоваться не столько юридическое образование, сколько доверие общества и знание местных условий быта, уже вызывали значительные уступки в отношении требования для мировых судей образовательного ценза.

2.2. Кадровая проблема судебной системы Российской империи

Конечно, существовали сторонники общетеоретического подхода, настаивавшие на строгих условиях образовательного ценза. С ними нельзя было не согласиться в том, что значение мирового суда было слишком велико: он охватывал почти всю народную юстицию, а значит, касался каждого жителя России. Тем более, „судить о праве – совсем не то, что о местных потребностях и пользах" (Городский, 1899, с. 2119), следовательно, по их мнению, для удовлетворительного исполнения обязанностей мировому судье нужно было иметь научное юридическое образование и специальную по судебной части подготовку. Но данная точка зрения не возобладала по объективным причинам.

Российский суд был полупрофессиональным. Квалифицированных юристов катастрофически не хватало: с 1840 по 1863 г. юридическое образование в России получили лишь 3650 человек, а только мировых судей требовалось не менее 1320, и это было на страну с населением в 80 миллионов (Лонская, 2000, с. 48). От кадрового голода страдала вся правовая система Российской империи. На тот момент преодолеть дефицит можно было только путем смягчения требований образовательного ценза, иначе „выборное начало мировой юстиции сделалось бы правом без практического применения" (Филиппов, 1871, с. 272), и осуществление важнейшей реформы было бы заторможено. На этом

основании теория была вынуждена пойти на уступки и допустить к избранию лиц, получивших высшее или среднее образование.

Тем не менее, тринадцать членов комиссии, разрабатывавшей проект учреждения судебных мест, считало, что в некоторых местностях, а именно: в столицах, губернских и уездных городах – необходимо было обязательное наличие у мировых судей оконченного курса юридических наук в высшем учебном заведении. Они признавали данное правило приемлемым, так как большое количество дел в многонаселенных центрах могло потребовать от судьи солидного багажа знаний и опыта. Более того, в столицах и в многолюдных городах найти лиц, окончивших курс юридических наук, не представлялось им столь затруднительной задачей.

Напротив, пятнадцать членов комиссии полагали, что введение в столицах, губернских и крупных уездных городах обязательного требования у кандидатов юридического образования могло только затруднить выборы судей. В крупных населенных пунктах мировые судьи не стали бы рассматривать никаких иных дел, кроме тех, которые возлагались на мировых судей вообще, а значит, не было никакого основания для ужесточения ценза. По их мнению, при избыточном количестве дел можно было обойтись соразмерным увеличением числа судей, а не ограничивать избирателей условиями (Объяснительная записка к проекту учреждения судебных мест, 1863, с. 13–14).

Второй вариант оказался предпочтительнее, что было вполне логично: во-первых, как уже говорилось, юристов недоставало даже для общих судов; во-вторых, перегрузка суда, даже профессионального, всегда ухудшало качество его работы.

Кроме вышеуказанного, на установление низкого уровня образовательного ценза, возможно, повлиял опыт достаточно успешной деятельности мировых посредников. Взгляд на посредника как на „хранителя мира" предполагал его хорошее знание местных условий, но необязательное юридическое образование. По ст. 6 Положения о губернских и уездных учреждениях ему было достаточно иметь свидетельство об окончании курса в учебных заведениях с правом на чин XII класса по Табели о рангах (Лонская, 2000, с. 38).

В итоге, мнение разработчиков реформы о необходимости создания патриархального суда как субъективный фактор и невысокая степень образованности населения при потребности огромного количества мировых судей как объективный фактор обусловили установление невысокого уровня образовательного ценза к кандидатам в выборные судьи.

3. Взаимосвязь нормы об образовательном цензе с другими положениями уставов 1864 г.

Для правильного понимания механизма действия образовательного ценза необходимо рассмотреть его взаимосвязь с другими условиями выборов мировых судей. Исходя из ст. 19 УСУ, ценз ограничивался требованием среднего образования, что, на первый взгляд, значительно увеличивало число возможных кандидатов. Кроме того, ст. 19 открывала доступ в мировые судьи тем, кто образования не имел, но обладал определенным служебным опытом по судебной части. К сожалению, закон не очерчивал четкий круг должностей, которые давали необходимые профессиональные сведения – под категорию лиц, подготовленных для осуществления функций мирового судьи, „подходил всякий чиновник или даже не получивший никакого образования канцелярский писец судебного установления" (Городский, 1899, с. 2123). В итоге, уже в Своде замечаний о деятельности новых судебных установлений 1867 г. констатировалось, что в мировые судьи довольно часто поступали те, кто юридического образования не имели, а потому не могли и не надеялись получить более выгодную должность по судебному ведомству от правительства (Свод замечаний о деятельности новых судебных установлений по применению Уставов 20 ноября 1864 года, 1867, с. 36). Словом, состав мирового суда по УСУ 1864 г. можно было назвать полупрофессиональным: оконченный курс юридических наук являлся необязательным.

Допущение весьма льготных условий относительно образовательной подготовки кандидата компенсировалось предъявлением к нему довольно серьезных имущественных требований.

Официально строгость имущественного ценза объяснялась тем, что финансовая состоятельность судьи должна была обеспечить его независимость и беспристрастность, – на деле преследовались и другие цели.

Во-первых, Государственный Совет, полагая, что „у богатых членов общества можно скорее найти образованность, чем у небогатых" (Филиппов, 1871, с. 274), желал видеть в лице „судей-примирителей" местных землевладельцев-помещиков. Действительно, в глубинке они могли являться единственными достойными кандидатами: „в провинции же лучшие люди по преимуществу есть оседлые помещики" (Замечания о развитии основных положений преобразования судебной части в России, в 4 ч., Санкт-Петербург, 1863, Ч. 1, с. 3). Многие из них были отставными военными и чиновниками, которые имели прекрасное домашнее образование и некоторое знание государственной службы.

Во-вторых, завышенные требования к имущественной состоятельности кандидатов не допускали к выборам значительную часть образованных, но небогатых разночинцев, которые в глазах государства всегда считались лицами весьма ненадежными. Конечно, центру хотелось сохранить суд в руках помещиков, которые составляли традиционную опору власти на местах.

В-третьих, высокий имущественный ценз в сочетании с низким образовательным мог сыграть роль своеобразной компенсации дворянскому сословию, потерявшему значительную часть своих привилегий и прав в результате отмены крепостного права, а также упразднения уездных судов.

Итак, имущественный ценз настолько сужал круг избираемых лиц, что в него не попадали даже те редкие юристы-профессионалы, которые были, зато мог быть обеспечен однородный дворянский состав мирового суда (Лонская, 2000, с. 67).

Это еще более усиливало полупрофессиональный характер мировой юстиции, что не могло не беспокоить, и в будущем вопрос о понижении имущественного ценза постоянно вставал и в земских ходатайствах, и в печати.

От требований ст. 19 по ст. 34 УСУ освобождало лишь единогласное решение земского собрания о предоставлении звания мирового судьи лицу, приобретшему общественное доверие и уважение своими заслугами и полезной деятельностью (Высочайше утвержденное Учреждение судебных установлений, Полное собрание законов Российской империи, Санкт-Петербург, 1867, в 55 т. Т. XXXIX, с. 183). Но эта норма, представлявшая собой уступку общественному мнению, была явно труднореализуема: от многочисленных собраний нельзя было ожидать частых соглашений о том, что то или другое лицо пользовалось всеобщей симпатией. В составе каждого собрания нашелся бы гласный, который даже только по личным побуждениям мог бы положить не избирательный шар, уничтожающий выбор.

По большому счету, все сводилось к тому, что из-за завышенного имущественного ценза действие вынужденных демократичных требований к образованию кандидатов в мировые судьи распространялось только на верхушку местного общества. Этим власть хотела обеспечить не только сословность, но и качество состава мирового суда. Однако она не пожелала учесть, что при избрании, не стесненном никакими ограничениями, ни одно земское собрание никогда бы и не выбрало в мировые судьи лиц необеспеченных и малограмотных. Лучшим обеспечением правильного выбора послужили бы интересы общества – всех и каждого.

4. Заключение

Образовательный ценз кандидатов в мировые судьи сложно оценивать однозначно. Он не отличался строгостью, так как практическая невозможность иметь специально подготовленных людей заставляла власть делать уступки и довольствоваться теми, кто не получили юридическое образование: „мы вообще не богаты людьми деловыми, а образованными юридически еще менее" (Свод замечаний о деятельности новых судебных установлений по применению Уставов 20 ноября 1864 года, 1867, с. 36). Кроме того, основанный на патриархальных идеях, мировой суд должен был отличаться простотой и несложностью предметов ведомства, что допускало необязательность профессиональной юридической подготовки кандидатов.

Тем не менее, лояльность образовательного и профессионального цензов не обеспечивала свободу доступа на должность мирового судьи. Их сочетание с высокими имущественными требованиями к кандидатам предопределяло дворянский состав мирового суда, что уже прямо противоречило первоначальной идеи избрания мировых судей, исходя из заслуженного ими у населения доверия и уважения, а не их особого социального статуса.

Однако институт мировых судей считался вполне жизнеспособным, о чем свидетельствовало уважение, испытываемое к нему народом. Люди наконец смогли подавать жалобы на преступные деяния, которые раньше из-за издержек судопроизводства, особенно временных, оставались без преследования.

Таким образом, несмотря на всю критику мировых судей, в том числе условий формирования их состава, признавалось, что „немало труда, нравственного закала и гражданского мужества положили эти доблестные пионеры правосудия, призванные внести элементы законности и равноправия в среду, воспитанную на произволе и привилегиях" (Джаншиев, 2008, с. 96).

В заключении хотелось бы описать „портрет" мирового судьи третьей половины XIX в.: это мужчина среднего или старшего возраста, дворянин или иной представитель зажиточного сословия, необязательно обладающий юридическим или иным высшим образованием, но имеющий определенный опыт работы в судебных или иных государственных структурах, имеющий авторитет среди местного населения.

Биографическая аннотация:

студентка Юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

Литература

Арсеньев, К. (ред.). (1904). *Главные деятели и предшественники судебной реформы*. Санкт--Петербург.

Березин, В. (1883). *Мировой суд в провинции: несколько слов о необходимости некоторых изменений в законах о земстве и мировых учреждениях*. Санкт-Петербург.

Городский, Я. (1899). Причины недостатков нашего выборного мирового института. *Право: Еженедельная юридическая газета*, (45), 2117–2120.

Джаншиев, Г. (2008). К 30-летию мирового суда. В: В. Анашвили, А. Погорельский (ред.), *Эпоха великих реформ*, Т. 2. Москва.

Лонская, С. (2000). *Мировая юстиция в России*. Калининград.

Филиппов, М. (1871). *Судебная реформа в России: популярный, исторический и теоретический обзор судоустройства и судопроизводства*. Т. 1. Санкт-Петербург.

Cenzus wykształcenia dla kandydatów na sędziego pokoju według Statutów Sądowych z 1864 r.

Streszczenie

Jaki był wzorzec sędziego pokoju w przedrewolucyjnej Rosji? Ustawa nie nakładała na kandydatów na ten urząd żadnych szczególnych wymogów dotyczących specjalistycznego wykształcenia, jednakże przewidywała ścisły cenzus majątkowy. Celem niniejszych rozważań jest wskazanie przyczyn ustanawiania określonych ograniczeń oraz podanie, w jaki sposób przyczyniły się one do tego, że wybieralny urząd sędziego mogli piastować wyłącznie przedstawiciele wąskiej, zamożnej warstwy przedrewolucyjnego społeczeństwa. Ramy czasowe dla prowadzonych wywodów stanowią lata 60. XIX w. – okres przemian sądownictwa w Imperium Rosyjskim.

Słowa kluczowe: sędzia pokoju, cenzus, majątek, wykształcenie, przemiany, Imperium Rosyjskie.

ОЛЕГ ГОРОДОВ

Условия патентоспособности изобретения по российскому законодательству: история и современность

Przesłanki zdolności patentowej wynalazku w świetle prawa rosyjskiego: historia i współczesność

Резюме

Понятие патентоспособного изобретения является одним из центральных понятий патентного права. Развитие указанного понятия с помощью представлений юридической науки и анализа законотворческой практики выступает важнейшей задачей, решением которой занимались не только наши предшественники, но и продолжают заниматься представители современной, научной общественности, задействованные в сфере правового обеспечения научно технического прогресса. В статье рассматриваются вопросы становления и совершенствования условий патентоспособности изобретений в прежнем и современном законодательстве России, показываются основные особенности действующего российского патентного права в части квалификации заявленных технических решений по критериям новизны, изобретательского уровня и промышленной применимости.

Ключевые слова: изобретение, новизна изобретения, патентоспособность, изобретательский уровень, промышленная применимость.

1. Понятие патентоспособности изобретения

В процессе становления патентного права возникла проблема распознавания изобретений, сводящаяся к задаче определения границы междуподлинными изобретениями, служащими техническому прогрессу и являющимися полезными для общества и техническими решениями, не относящимися к таковым, но претендующим по мнению авторов на правовую охрану.

На ранних этапах изобретательства в эпоху привилегий, которые выдавались без какого-либо предварительного рассмотрения, т.е. факультативно, указанной проблемы не существовало. Она была порождена переходом от факультативного принципа дарования привилегий к облигаторному принципу выдачи патентов, т.е. в тот период развития изобретательства, когда на выдачу патента стали смотреть как на обязанность государства, а не как на его милость. Тогда же возник вопрос и о наделении изобретателя правом требования юридической монополии, границы которой должны определяться по единым правилам для всех типов изобретений. Указанные правила надлежало с использованием юридического инструментария формализовать в каком-либо нормативно-правовом акте, желательно в ранге закона, который мог бы служить ориентиром для патентных экспертов и юрисдикционных органов, а самое главное, устанавливал бы предварительное рассмотрение изобретательских предложений на предмет их распознавания в качестве объектов, подлежащих охране нормами права.

Правовой наукой в качестве инструментов юридической техники распознавания истинных изобретений были предложены качественные параметры экспертной оценки изобретательских предложений, известные как критерии или условия патентоспособности изобретений. Заметную роль в юридическом анализе указанных критериев сыграл российский ученый А.А. Пиленко (1873–1956), эмигрировавший после революции 1917 года во Францию. Его выдающийся труд *Право изобретателя*, изданный в 1902 году в Санкт-Петербурге до сих пор является в русскоязычной научной литературе по патентному праву непревзойденным образцом сравнительного научного анализа.

В настоящее время общепризнано, что изобретательское предложение должно оцениваться экспертными методами по критериям новизны, изобретательского уровня (неочевидности) и промышленной применимости (пригодности для промышленного применения).

Указанные критерии сформировались в современном их виде не сразу, а развивались и уточнялись одновременно с углублением техни-

ческих знаний и совершенствованием институтов правовой охраны результатов интеллектуальной деятельности.

Так, Положением Совета Народных Комиссаров об изобретениях от 30 июня 1919 года (Изобретательство и рационализация: Сборник официальных материалов Л. 1982) при оценке охраноспособности изобретения учитывались требования новизны, полезности, существенной новизны, нового технического эффекта, пригодности и целесообразности. В Положении об изобретениях и технических усовершенствованиях 1931 года (Вестник Комитета по делам изобретений. 1931 № 4) нормативными признаками изобретения устанавливались: новизна, возможность выполнения промышленным путем, существенные отличия. Положением об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях 1959 года (Собрание постановлений Правительства СССР 1959 №9 ст. 59) вводились критерии существенной новизны, решения технической задачи, положительного эффекта. Согласно Положению об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях 1973 года (Собрание постановлений Правительства СССР 1973 № 19 ст. 109) критериями охраноспособности назывались: техническое решение задачи, новизна, существенные отличия, положительный эффект. В Патентном законе РФ 1992 года (Ведомости Верховного Совета РСФСР 1992 № 42 ст. 2319) в качестве условий патентоспособности выступали: новизна, изобретательский уровень и промышленная применимость. В настоящее время эти условия, без каких либо изменений закреплены в части 4 Гражданского Кодекса Российской Федерации (РФ). В соответствии с п. 1 ст. 1350 Гражданского Кодекса РФ изобретению предоставляется правовая охрана, если оно является новым, имеет изобретательский уровень и промышленно применимо.

Заявленное техническое решение должно одновременно удовлетворять всем, установленным действующим законодательством критериям (условиям) патентоспособности. Удовлетворяющему условиям патентоспособности техническому решению предоставляется правовая охрана, т.е. оно становится официально признанным объектом охраны, право на использование которого удостоверяет патент на изобретение.

Таким образом, патентоспособность изобретения это юридическое свойство технического решения, необходимое для признания его в установленном законом порядке объектом правовой охраны.

Патентоспособность как одно из свойств технического решения следует отличать от его охраноспособности. Понятие охраноспособности более широкое, хотя во время действия в России прежнего законодательства об изобретательстве употреблялся термин „критерии охраноспособности", который синонимичен современному термину

„условия патентоспособности". Более широкое значение понятия охраноспособности в современном его толковании обусловлено тем обстоятельством, что всякое патентоспособное изобретение охраноспособно, но не каждое охраноспособное изобретение патентоспособно. Это наиболее отчетливо проявляется при патентовании изобретений в других странах. Так, охраноспособные в принципе изобретения, объектами которых являются лекарственные средства патентоспособны в России, но непатентоспособны, например, в Китае, Индии и Южной Корее. Или другой пример из области правовой охраны секретных изобретений. Во многих странах закрытые технические решения подлежат правовой охране, но патент на них выдается далеко не в каждой стране.

2. Новизна изобретения

Новизна является первым в историческом плане условием патентоспособности. Критерий новизны впервые был введен в США законом 1836 года в соответствии с которым предусматривалось обязательное исследование предполагаемых изобретений на новизну и с этой целью учреждалось патентное ведомство – Patent Office. В России, новизна как требование к изобретению, при соблюдении которого оно могло быть защищено патентом, была установлена законом 1870 года[1]. Впоследствии данный критерий почти всегда выступал согласно действовавшему законодательству в качестве одного из условий охраноспособности изобретений. Сохранен он и в действующем законодательстве.

Юридической наукой и практикой патентования изобретений выработаны юридически значимые характеристики критерия новизны. К ним относятся:

– характер новизны;
– масштаб новизны;
– дата установления новизны;

---

[1] Следует указать и на более ранние периоды действия российского законодательства, которое содержало требования новизны изобретения. А.А. Пиленко, анализируя Положение 1833 года и сопоставляя отдельные части указанного Положения приходит к выводу о том, что конструкция понятия „новое изобретение" опирается на то обстоятельство, что „изобретение не считалось новым, если оно к моменту обсуждения дела в Сенате уже описано или вошло где-нибудь в употребление' (Пиленко, 2001, с. 161). Впрочем, это касалось изобретений, выдаваемых на основании просьбы о привилегии, а не просьбы о выдаче патента.

– характер и объем информации, противопоставляемой заявленному техническому решению;
– льготы по новизне.

2.1. Характер новизны изобретения

Новизна может характеризоваться субъективными представлениями автора или третьих лиц о техническом решении либо объективно существующей и доступной информацией о нем. Если изобретение до момента его создания в форме технического решения задачи было неизвестно автору либо неопределенному кругу лиц имеет место субъективная новизна изобретения. Если изобретение неизвестно из объективно существующей и доступной информации, обобщенно именуемой уровнем техники – налицо объективная новизна изобретения. Создание изобретения, обладающего только субъективной новизной не может рассматриваться в качестве общезначимого акта, а, следовательно, и юридически значимого действия, поэтому российское законодательство об интеллектуальной собственности, равно как и патентное законодательство других государств требует наличия, прежде всего объективной новизны, т.е. новизны самого технического решения, а не субъективного представления о новизне автора изобретения. Указанное требование закреплено в п. 2 ст. 1350 Гражданского Кодекса РФ, согласно которому изобретение является новым, если оно не известно из уровня техники.

2.2. Масштаб новизны изобретения

Масштаб новизны изобретения характеризует какую-либо территорию, в пределах которой заявленное техническое решение не должно быть почерпнуто из общедоступной информации до даты его приоритета. Различают местную новизну, относительную мировую новизну и абсолютную мировую новизну.

Местная новизна указывает на территорию одного государства, в пределах которой стали известны сведения, включаемые в уровень техники.

Относительная мировая новизна указывает на территорию всех государств (на весь мир) где стали известны сведения, относящиеся к конкретной области техники и включаемые в ее уровень.

Абсолютная мировая новизна указывает на территорию всех государств (на весь мир) где стали известны любые сведения, включаемые в уровень техники.

Российский законодатель устанавливает по отношению к изобретениям требование абсолютной мировой новизны. Согласно п. 2 ст. 1350 Гражданского Кодекса РФ уровень техники включает любые сведения, ставшие общедоступными в мире до даты приоритета изобретения. При определении уровня техники общедоступными считаются сведения, содержащиеся в источнике информации, с которым любое лицо может ознакомиться само, либо о содержании которого ему может быть законным путем сообщено.

2.3. Дата установления новизны изобретения

Дата установления новизны изобретения согласно п. 2 ст. 1350 Гражданского Кодекса РФ приурочена к дате приоритета. В соответствии с п. 1 ст. 1381 Гражданского Кодекса РФ приоритет изобретения устанавливается по дате подачи заявки в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности. Датой подачи заявки считается дата поступления заявки, содержащей заявление о выдаче патента, описание изобретения и чертежи, если в описании на них имеется ссылка. При неодновременном представлении указанных документов датой подачи заявки считается дата поступления последнего из них.

В качестве заявления о выдаче патента для целей установления даты подачи заявки наряду с заявлением, могут быть признаны документ или несколько документов, представленных на русском языке и содержащие явное или подразумеваемое указание на то, что эти и другие, поступившие вместе с ними документы, в совокупности (первоначальные документы) следует рассматривать как заявку на выдачу патента на изобретение, а также указания, позволяющие установить, кто является заявителем. В качестве описания изобретения для целей даты подачи заявки может быть признан документ, представленный на любом языке, внешне выглядящий как описание.

2.4. Характер и объем информации, противопоставляемой заявленному изобретению

Вопрос о характере и объеме информации, противопоставляемой заявленному изобретению достаточно дискуссионный. На разных этапах развития изобретательства к его решению подходили неодинаково. В прошлом, например, многие системы патентования изобретений

относили неопубликованные заявки к категории документов недоступных для общественности, поэтому их содержание не могло использоваться для оценки известного уровня техники. В настоящее время в России при исследовании новизны изобретений в уровень техники также включаются при условии их более раннего приоритета все поданные в России другими лицами заявки на выдачу патентов на изобретения, полезные модели и промышленные образцы, с документами которых вправе ознакомиться любое лицо, а также запатентованные в России изобретения, полезные модели и промышленные образцы.

В уровень техники с даты приоритета включаются также все изобретения и полезные модели, запатентованные (в том числе тем же лицом) в России. Указанные объекты включаются в уровень техники только в отношении формулы, с которой состоялась регистрация изобретения или полезной модели в соответствующем государственном реестре, или формулы, с которой состоялась публикация сведений о выдаче патента.

Изобретение признается известным из уровня техники и не соответствует условию новизны, если в уровне техники выявлено средство, которому присущи признаки, идентичные всем признакам, содержащимся в предложенной заявителем формуле изобретения, включая характеристику назначения. Если заявленное изобретение охарактеризовано в виде применения по определенному назначению, то оно не признается соответствующим условию новизны при обнаружении источника информации, из которого известно применение того же продукта или способа по такому же назначению.

В случае публикации сведений о заявке на изобретение, которая на дату публикации была отозвана или признана отозванной, такие сведения не включаются в уровень техники в отношении последующих заявок того же заявителя, поданных до истечения двенадцати месяцев с даты публикации сведений о заявке на изобретение.

2.5. Льгота по новизне

Во многих государствах согласно внутреннему законодательству в целях сохранения новизны заявленного изобретения установлен институт временной охраны изобретений, воплощенных в продуктах, экспонируемых на официальных или официально признанных международных выставках. Требование об установлении в национальном патентном законодательстве института временной охраны сформулировано в ст. 11 Парижской конвенции по охране промышленной

собственности. При этом указанная охрана может обеспечиваться национальным законодательством двумя путями:

– установлением льготы по приоритету;

– установлением льготы по новизне.

Суть льготы по новизне заключается в том, что экспонирование продукта, содержащего предполагаемое изобретение на выставке в течение определенного времени не опровергает его новизны. В данном случае льготный срок отсчитывается ретроспективно от даты подачи заявки, а не от даты помещения продукта на выставку.

Российское законодательство идет по пути установления льготы по новизне. Это было как в ранее действовавшем законодательстве по изобретательству (п. 53 Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях 1973 года), так и в современном патентом законодательстве. Согласно п. 3 ст. 1350 Гражданского Кодекса РФ не является обстоятельством, препятствующим признанию патентоспособности изобретения, такое раскрытие информации, относящейся к изобретению, автором, заявителем или любым лицом, получившим от них прямо или косвенно эту информацию, в результате чего сведения о сущности изобретения стали общедоступными при условии, что заявка на выдачу патента на изобретение подана в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности в течение шести месяцев со дня раскрытия информации.

Формула льготы по новизне, предлагаемая российским законодателем, таким образом, не ограничена случаями открытого показа продукта, содержащего информацию о сущности изобретения, а распространяется на любые добросовестные формы раскрытия информации, относящейся к изобретению и сделавшие сведения о его сущности общедоступными. Признаком добросовестности раскрытия информации будет являться факт получения сведений о сущности изобретения от автора, заявителя либо с их согласия. Раскрытие сведений о сущности изобретения полученных нелегальным путем, например методами промышленного шпионажа, не будет являться основанием для предоставления льготы по новизне.

3. Изобретательский уровень

3.1. Общие сведения об изобретательском уровне

Изобретательский уровень выступает в качестве второго условия патентоспособности изобретения. Данное условие призвано с наибольшей степенью объективности решить проблему отграничения нового

технического решения, имеющего творческий характер, от прочих конструкторских и проектных решений, и, кроме того, выявить своеобразную дистанцию между изобретательским предложением и существующим на данный момент времени уровнем техники. Задача эта непростая, поскольку преследует цель установления в изобретательском предложении элементов творчества, т.е. того продукта человеческого разума, которого еще не существовало до данного творческого акта.

Как и условие о новизне изобретения, критерий изобретательского уровня является результатом эволюции процесса оценки творческого характера деятельности изобретателя.

Первым российским законом, вводившим критерий оценки творческого характера деятельности изобретателя, был закон 1896 года, имевший название Положение о привилегиях на изобретения и усовершенствования. Согласно этому закону одним из условий патентоспособности был принят критерий существенных отличий, а в структуру описания изобретений вводился специальный раздел *предмет изобретения*, содержащий требование краткого изложения отличительных особенностей заявляемого изобретательского предложения. Основные положения закона 1896 года действовали вплоть до революции 1917 года.

В советское время критерий оценки творческого характера деятельности изобретателя был подвержен законодательным изменениям как терминологического, так и сущностного характера.

Так, Постановлении Совета Народных Комиссаров от 12 сентября 1924 года о патентах на изобретения (Собрание законов и распоряжений рабочее – крестьянского Правительства СССР 1924 № 9 ст. 97) содержалось требование о наличии в описании изобретения отчетливо сформулированных существенных отличительных признаков изобретения.

Аналогичное правило было установлено и в Положении об изобретениях и технических усовершенствованиях, утвержденного постановлением Правительства №3/256 от 9 апреля 1931 года.

Положением об изобретениях и технических усовершенствованиях, утвержденным Советом Народных Комиссаров Союза Советских Социалистических Республик (СССР) 5 марта 1941 года (Бюллетень бюро изобретений Госплана при Совете народных комиссаров СССР 1941 № 3) вводится условие существенной новизны, которое между тем, не было раскрыто в нормативных документах того времени.

Критерий существенной новизны был сохранен и в Положении об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях 1959

года. Этим Положением был сделан значительный шаг вперед в раскрытии понятия *существенная новизна технического предложения*. Согласно п. 36 названного Положения авторское свидетельство не выдавалось, если сущность предполагаемого изобретения до подачи заявки была раскрыта ранее выданными авторскими свидетельствами, советскими, досоветскими и иностранными патентами, ранее поданными заявками, отечественной и зарубежной литературой, опубликованными отчетами научно-исследовательских и проектно – конструкторских учреждений, принятыми на конкурс работами, диссертациями, а также сведениями о применении изобретения или иным путем настолько, что стало возможным его осуществление.

После выяснения на практике весьма слабых отграничительных возможностей критерия существенной новизны, первоначально за рубежом были выработаны альтернативные условия патентоспособности, а именно: неочевидность, высокий уровень творчества, изобретательский шаг.

В СССР условие существенной новизны было в 1974 году заменено двумя критериями: новизной и существенными отличиями.

Критерий существенности отличий неоднократно менял свое содержание с точки зрения доказательственного инструментария его наличия и был заменен Патентным законом РФ 1992 года на условие изобретательского уровня.

Формула изобретательского уровня в действующим законодательстве закреплена нормой п. 2 ст. 1350 ГК РФ. Согласно указанному пункту изобретение имеет изобретательский уровень, если для специалиста оно явным образом не следует из уровня техники.

Ключевыми в приведенной формуле изобретательского уровня являются понятия *специалиста*, *не следования явным образом* и *уровня техники*.

Действующее российское законодательство не раскрывает понятия специалист, а само оно является юридической фикцией. Определенные разъяснения на этот счет имеются в Правилах составления, подачи и рассмотрения евразийских заявок в Евразийском патентном ведомстве. Согласно указанных Правил под понятием *специалист* для целей проверки соответствия изобретения условию патентоспособности изобретательский уровень подразумевается лицо, квалификация которого, соответствующая среднему уровню в данной области техники, позволила бы ему осуществить заявленное изобретение.

В случае рассмотрения заявок, касающихся нескольких технических областей, под понятием *специалист* подразумевается группа лиц, которые в совокупности обладают указанными качествами.

Изобретение признается не следующим для специалиста явным образом из уровня техники, в частности, в том случае, когда не выявлены решения, имеющие признаки, совпадающие с его отличительными признаками, или такие решения выявлены, но не установлена известность влияния отличительных признаков на указанный заявителем технический результат.

При анализе заявленного технического решения на соответствие указанному понятию экспертным органом осуществляется следующие действия:

– определение наиболее близкого аналога (прототипа);
– выявление признаков, которыми заявленное изобретение, охарактеризованное в независимом пункте формулы, отличается от прототипа;
– выявление из уровня техники решений, имеющих признаки, совпадающие с отличительными признаками рассматриваемого изобретения;
– анализ уровня техники с целью установления известности влияния признаков, совпадающих с отличительными признаками заявленного изобретения, на указанный заявителем технический результат.

Понятие *уровня техники* для целей установления изобретательского уровня в основном совпадает с понятием уровня техники для целей проверки новизны. Вместе с тем следует учитывать, что при установлении изобретательского уровня используется несколько иная методика анализа уровня техники.

Новизна это новая совокупность существенных признаков, оцениваемая по конкретному аналогу, входящему в уровень техники. Изобретательский уровень это один или несколько новых существенных признаков в указанной совокупности, оцениваемых по всему спектру общедоступных сведений, входящих в уровень техники.

Кроме того, при определении изобретательского уровня в уровень техники не включаются при условии их более раннего приоритета все поданные в РФ другими лицами заявки на изобретения и полезные модели, с документами которых вправе ознакомиться любое лицо, а также запатентованные в РФ изобретения и полезные модели.

3.2. Особенности установления изобретательского уровня

В гл. 72 Гражданского Кодекса РФ определены лишь наиболее значимые, принципиальные правила, касающиеся установления изобретательского уровня. Указанные правила детализированы соответству-

ющим регламентом, в частности путем формулировки дополнительных позитивных и негативных критериев, а также посредством конкретизации структуры формулы изобретения. Дополнительные позитивные критерии уточняют перечень некоторых объектов изобретения, которые соответствуют изобретательскому уровню либо не рассматриваются как не соответствующие изобретательскому уровню.

Условию изобретательского уровня соответствуют, в частности:

– способы получения новых химических соединений (класса, группы) с установленной структурой;
– способы получения известных химических соединений (класса, группы) с установленной структурой, если они основаны на новой для данного класса или группы соединений реакции или на известной для данного класса или группы соединений реакции, условия проведения которой, не известны;
– композиция, состоящая, по крайней мере, из двух известных ингредиентов, обеспечивающая синергетический эффект, возможность достижения которого не вытекает из уровня техники (т.е. проявляющая свойства обоих ингредиентов, но количественные показатели хотя бы одного из этих свойств выше показателей свойств отельного ингредиента);
– химическое соединение, подпадающее под общую структурную формулу группы известных соединений, но не описанное как специально полученное и исследованное, и при этом проявляющее новые неизвестные для этой группы свойства в качественном или количественном отношении (селективное изобретение).

Изобретение не рассматривается как не соответствующее изобретательскому уровню из-за его кажущейся простоты и раскрытия в материалах заявки механизма достижения технического результата, если такое раскрытие стало известно не из уровня техники, а только из материалов заявки.

Дополнительные негативные критерии содержат перечень признаков, свидетельствующих о несоответствии заявленного технического решения изобретательскому уровню.

Так, не признаются соответствующими условию изобретательского уровня изобретения, основанные, в частности:

– на дополнении известного средства какой-либо известной частью, присоединяемой к нему по известным правилам, для достижения технического результат, в отношении которого установлено влияние именно таких дополнений;
– на замене какой-либо части известного средства другой известной частью для достижения технического результата, в отношении которого установлено влияние именно такой замены;

– на исключении какой-либо части средства (элемента, действия) с одновременным исключением обусловленной ее наличием функции и достижением при этом обычного для такого исключения результата (упрощение конструкции, уменьшение массы, габаритов, материалоемкости, повышение надежности, сокращение продолжительности процесса и пр.).

Не могут быть признаны соответствующими изобретательскому уровню также изобретения, основанные на изменении количественного признака (признаков), представлении таких признаков во взаимосвязи либо изменении ее вида.

Известность влияния отличительных признаков заявленного изобретения на технический результат может быть подтверждена как одним, так и несколькими источниками информации. Допускается привлечение аргументов, основанных на общеизвестных в конкретной области техники знаниях, без указания каких-либо источников информации.

К особенностям установления изобретательского уровня следует отнести и предлагаемую законодателем формулировку п. 3 ст. 1350 Гражданского Кодекса РФ, толкование которой не оставляет сомнения в том, что при использовании заявленного технического решения на наличие изобретательского уровня должен учитываться льготный шестимесячный срок для раскрытия информации, относящейся к изобретению, автором, заявителем или любым лицом, получившим от них эту информацию.

4. Промышленная применимость

4.1. Общие сведения о промышленной применимости

Промышленная применимость выступает в качестве третьего из установленных законом условий патентоспособности изобретения. В новейшее время данное условие было впервые сформулировано отечественным законодателем в законе СССР об изобретениях в СССР 1991 года (Ведомости Верховного Совета СССР 1991 № 25, ст. 703). Между тем и в более отдаленной исторической ретроспективе использовались совпадающие с промышленной применимостью по многим характеристикам критерии охраноспособности технических решений. Так, в Положении о патентах на изобретения 1924 года указывалось, что патенты выдаются на новые изобретения, допускающие промышлен-

ное использование. В Положении об изобретениях и технических усовершенствованиях 1931 года содержалось правило о том, что патенты выдаются только на новые изобретения, которые могут быть выполнены промышленным путем. Аналогичная норма была закреплена и в Положении об изобретениях и технических усовершенствованиях 1941 года.

В нормативных актах более позднего периода (имеются в виду Положения об открытиях, изобретениях и рационализаторских предложениях 1959 и 1973 года) наиболее близким к рассматриваемому условию являлись, соответственно, критерии решения технической задачи и технического решения задачи.

Законодательству других стран также известны сходные с условием промышленной применимости критерии полезности, технической прогрессивности, пригодности для промышленного применения.

Критерий примышленной применимости широко используется в качестве одного из требований, предъявляемых к изобретению и в международных соглашениях. Так, указанный критерий предусмотрен положениями Европейской патентной конвенции, Евразийской патентной конвенции, Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности.

Согласно п. 4 ст. 1350 Гражданского Кодекса РФ изобретение является промышленно применимым, если оно может быть использовано в промышленности, сельском хозяйстве, здравоохранении и других отраслях экономики или в социальной сфере. Это достаточно широкая формулировка, определяющая принципиальную возможность использования технического решения в различных областях человеческой деятельности. Ключевым в приведенном определении является термин *может быть использовано*. Что он означает?

Во-первых, то, что идеальное по своей природе техническое решение задачи допускает принципиальную (реальную или потенциальную) возможность своего воплощения (осуществления) в продукте или способе.

Во-вторых, техническое решение обладает признаками, позволяющими получить в результате его осуществления заявленный технический эффект.

В-третьих, технический эффект достигается вследствие наличия в продукте либо использования в способе каждого признака технического решения, приведенного в независимом пункте его формулы.

Содержание указанных значений условия промышленной применимости раскрывается в соответствующем регламенте.

4.2. Содержание условия промышленной применимости

При определении патентоспособности изобретения по критерию промышленной применимости экспертным органом проверяются следующие данные:

– указание назначения изобретения в описании, содержавшемся в заявке на дату подачи либо в описании или формуле изобретения (если на дату подачи заявка содержала формулу), либо в документах, послуживших основанием для испрашивания приоритета (если испрашивается приоритет, более ранний, чем дата подачи заявки);
– сведения о средствах и методах, с помощью которых возможно осуществление изобретения в том виде, как оно охарактеризовано в каждом из пунктов формулы изобретения;
– сведения, содержащие примеры осуществления изобретения, если о возможности осуществления изобретения и реализации его назначения могут свидетельствовать лишь экспериментальные данные.

При этом для изобретения, относящегося, например, к устройству, должна быть описана его конструкция (в статическом состоянии) и действие устройства (работа) или способ использования со ссылками на фигуры чертежей, а при необходимости – на иные поясняющие материалы (эпюры, временные диаграммы и т.п.). Если устройство содержит элемент, охарактеризованный на функциональном уровне, и описываемая форма реализации предполагает использование программируемого (настраиваемого) многофункционального средства, то представляются сведения, подтверждающие возможность выполнения таким средством конкретной предписываемой ему в составе данного устройства функции. В случае, если в числе таких сведений приводится алгоритм, в частности, вычислительный, его представляют, как правило, в виде блок-схемы либо соответствующего математического выражения.

Для изобретения, относящегося к химическому соединению с установленной структурой, приводятся структурная формула, доказанная известными методами, физико-химические константы, описывается способ, которым соединение получено, и показывается возможность использования изобретения по указанному назначению.

Для изобретения, относящегося к способу, в примерах его реализации указываются последовательность действий (приемов, операций)

над материальным объектом, а так же условия проведения действий, конкретные режимы, используемые при этом материальные средства (устройства, вещества, штаммы и т.п.), если это необходимо. Если способ характеризуется использованием средств, известных до даты приоритета изобретения, достаточно, чтобы эти средства были раскрыты в степени необходимой для осуществления изобретения. При использовании в способе неизвестных веществ раскрывается способ их получения, а при использовании неизвестных штаммов или линий приводятся сведения об их депонировании или описание способа получения штамма или линии клеток, достаточное для осуществления изобретения.

Если экспертом установлено, что все предусмотренные действующим законодательством требования к условию промышленной применимости соблюдены, заявленное техническое решение признается соответствующим данному критерию.

При несоблюдении хотя бы одного из установленных требований делается вывод о несоответствии изобретения условию промышленной применимости. В этом случае заявителю может быть направлен запрос с изложением соответствующих доводов и с предложением высказать свое мнение и скорректировать формулу изобретения.

В отношении изобретения, для которого установлено несоответствие условию промышленной применимости, проверка новизны и изобретательского уровня не проводится.

5. Выводы

Анализ вопросов становления и совершенствования условий патентоспособности изобретений в прежнем и современном законодательстве России, показывает, что правила российского патентного права в части квалификации заявленных технических решений изобретениями не являются застывшими. Они меняются и совершенствуются в зависимости как от достигнутого в стране уровня развития техники и технологии, так и от господствующих в тот либо иной исторический период доктринальных представлений.

Современная российская модель квалификации заявленных технических решений на их соответствие условиям патентоспособности и сами указанные условия отвечают требованиям мировой практики признания изобретений патентоспособными и правилам международных соглашений, участником которых является Россия.

Биографическая аннотация:

доктор юридических наук, профессор кафедры коммерческого права на юридическом факультете Санкт-Петербургского государственного университета.

Литература

Пиленко, А. (2001). *Право изобретателя*. Москва: Статут.

Przesłanki zdolności patentowej wynalazku w świetle prawa rosyjskiego: historia i współczesność

Streszczenie

Pojęcie wynalazku posiadającego zdolność patentową stanowi jedną z centralnych kategorii prawa patentowego. Zarówno rozwój tego pojęcia przez uczonych jurystów, jak i analiza praktyki legislacyjnej są niezwykle istotną kwestią, której wyjaśnienie zajmowało nie tylko naszych naukowych poprzedników, lecz zajmuje także współczesnych przedstawicieli społeczności naukowej, zainteresowanych sferą zapewnienia ochrony prawnej procesom rozwoju naukowo-technicznego. W artykule omówiono zagadnienia stanowienia oraz precyzowania przesłanek zdolności patentowej wynalazków w uprzednio obowiązującym oraz we współczesnym porządku prawnym Federacji Rosyjskiej. Ponadto wskazano szczególne cechy aktualnie obowiązującego rosyjskiego prawa patentowego w przedmiocie kwalifikowania zgłoszonych rozwiązań technicznych według kryteriów nowości, poziomu wynalazczego i przemysłowego stosowania.

Słowa kluczowe: wynalazek, nowość wynalazku, zdolność patentowa, poziom wynalazczy, przemysłowe stosowanie.

ЛЕОПОЛЬД МОСКВА

Правосубъектность в польском гражданском праве

Podmiotowość w polskim prawie cywilnym

Резюме

Статья посвящена вопросам субъективности в польском гражданском праве, в частности, субъективности организационных образований. Анализируется, прежде всего, ст. 33 ГК, в которой законодатель использовал так называемую нормативную (формальную) концепцию юридической личности. Больше всего внимания уделено квази юридическим лицам, чей статус от нескольких десятилетий вызывает принципиальные противоречия. Следует принять, что *de lege lata* (ст. 33^1 ГК) они являются третьей, после физических и юридических лиц, категорией субъектов гражданского права. Этому аргументу не соответствует, однако, ст. 1 ГК. Следует предположить, что для устранения всяческих сомнений, необходимо бы было его изменение и принятие тезиса о том, что гражданский кодекс регулирует также гражданско-правовые отношения с участием организационных образований, не являющихся юридическими лицами, которых закон наделяет правоспособностью. В конце статьи находятся замечания, касающиеся предложений возврата к дихотомии субъектов гражданского права, при добавлении в категорию юридических лиц квази юридических. Серьезные аргументы (хоть и не точка зрения стабильности закона) свидетельствуют в пользу такого решения.

Ключевые слова: правосубъектность, организационное образование, юридические лица, квази юридические лица.

1. Вступление

Обсуждаемые в литературе решения вопроса о том, кто является субъектом польского гражданского права концентрируются, конечно же, на физических, юридических и так называемых квази юридических лицах. Конечно, правосубъектность физических и юридических лиц является неоспоримой. В последнем случае, однако, появляется важный вопрос о методике, которую использовал законодатель, указав в ст. 33 ГК, кто является юридическим лицом. Более сложный случай представляют собой квази юридические лица. *De lege lata* основная дилемма сводится к тому, надо ли их признать третьей категорией субъектов гражданско-правовых отношений в свете ст. 33^1 ГК (а также ст. 1 ГК). В то же время формулируются выводы *de lege ferenda*. С одной стороны, признается оптимальной конструкция как раз третьего лица (третьего субъекта), а с другой стороны, возвращение к дихотомии субъектов гражданского права при включении в категорию юридических лиц также организационных образований, которых закон не называет юридическими лицами, но наделяет правоспособностью.

2. Спор о понятии юридического лица

Для того, чтобы четко сформулировать ответ на вопрос о том, кого следует считать юридическим лицом, законодатель ввел ст. 33 ГК. Данное положение первоначально определяло, что юридическими лицами являются перечисленные в нем единицы обобществленного хозяйства, а также организационные образования, которые не являются единицами обобществленного хозяйства, если специальные положения наделяют их статусом юридической личности. Существенные изменения, внесенные в Гражданский кодекс Законом от 28 июля 1990 года „О внесении изменений в Закон – Гражданский кодекс" (Законодательный вестник (Dziennik Ustaw) 1990 года № 55, поз 321), касались также ст. 33 ГК. Статья получила следующую формулировку: "Юридическими лицами признаются государственное казначейство и организационные образования, которые наделены статусом юридической личности на основании специальных положений". Вопреки намерениям законодателя, положение ст. 33 ГК стало предметом противоречий в науке. Появилось сомнение, использовал ли законодатель так называемую нормативную (формальную) теорию юридической личности, или метод общей формулировки признаков юридических лиц.

Большинство авторов высказалось в поддержку первого варианта. По их мнению, ст. 33 ГК не определят основных характеристик, необходимых для наделения организационного образования статусом юридической личности, а указывает на то, что законодатель сам определяет каталог организационных образований, которые наделены статусом юридических лиц. Должен он в каждом случае сформулировать этот вопрос в недвусмысленных выражениях при помощи четких положений закона. На практике это достигается путем применения метода „перечисления", иногда с индивидуальным указанием юридических лиц, но чаще с указанием их общих видов. Точнее говоря, ст. 33 ГК требует, чтобы данное организационное образование (данный вид организационных образований) было названо юридическим лицом.

Наперекор нормативной теории юридических лиц, А. Клейн высказался в пользу метода общего формулирования характеристик юридических лиц. По его мнению: „Следует иметь в виду, что буквальная формулировка ст. 33 ГК позволяет понимать требование „предоставления статуса юридической личности" также иначе, – имеется ввиду не названии субъекта юридическим лицом, а предоставление статуса юридического лица в смысле предоставления атрибута (квалификации) юридического лица. Такое признание атрибута (квалификации) юридического лица основывается, однако, также в случае названия данного вида субъектной структуры юридическим лицом, не на названии юридическим лицом, а на определении действующим законодательством (в основном в соответствии с положениями установленного права) формы и содержания различных видов субъектных структур, допущенных к юридическому порядку и указании правовых действий, направленных на их создание и ликвидацию, а также формирование их содержания в пределах, разрешенных применимым законодательством" (Klein, 1983, с. 123–124). *Summa summarum* юридическими лицами являются организационные образования, которые на основании норм „наделены" следующими особенностями (или элементами): 1) правоспособностью (должно иметь место всегда, хотя бы в минимальной степени), 2) дееспособностью (без нее конструкция юридического лица не может выполнять своих основных функций), 3) способностью совершать правовые действия и способностью нести ответственность за причиненный ущерб, 4) формализованным способом создания и ликвидации (это требует четких и детальных положений и всегда происходит в порядке, установленном законом), 5) обособленым имуществом (хотя иногда только в незначительной степени), 6) названием (она

не может быть определена совершенно свободно), 7) в их структуре прописана конструкция органа.

В настоящее время абсолютно преобладает убеждение, что в ст. 33 ГК мы имеем дело с нормативной концепций юридической личности. Значительную роль в этом сыграл Верховный суд, который в следующих ключевых решениях (см. решения Верховного Суда в составе семи судей: от 10 января 1990 г., III CZP 97/89, OSNCP 1990, поз. 74; от 14 октября 1994 г., III CZP 16/94, OSNC 1995, поз. 40; от 26 января 1996, III CZP 111/95, OSNC 1996 поз. 63) занял именно такую позицию. Показательным в этом отношении является решение от 26 января 1996 года, в котором Верховный Суд принял следующее: „В судебных решениях сложилась устойчивая точка зрения строгого толкования ст. 33 ГК. В соответствии с ней, для наделения статусом юридической личности требуется указание видов или индивидуальных названий организационных образований, которые признаются юридическими лицами. Подтверждают ее также многочисленные положения, четко наделяющие определенные организационные образования статусом юридической личности. В случае принятия иной точки зрения, эти положения необходимо было бы признать лишними".

3. Спор о квази юридические лица

В течении нескольких десятилетий в Польше велся спор, являющийся эхом подобных разногласий в Германии, Австрии, Швейцарии, касающийся существования третьей категории субъектов гражданского права, то есть, так называемых квази юридических лиц (главной темой было прежде всего правоспособность хозяйственных товариществ). В дискуссии на эту тему можно выделить три этапа, разграниченные двумя датами: датой вступления в силу Кодекса торговых обществ (1 января 2001 г.) и датой вступления в силу Закона от 14 февраля 2003 г. „Об изменении закона – Гражданский кодекс и некоторых других законов" (25 сентября 2003 г.).

3.1. Проблема квази юридических лиц в отражении Торгового кодекса

Создателем концепции квази юридических лиц в польской науке чаще всего считается А. Вольтер. По его мнению, „В традиционной науке гражданского права различают два вида субъектов гражданско-

правовых отношений: физические и юридические лица. Эта дихотомия невозможна, принимая во внимание действующее польское гражданское право; вместе с юридическими лицами в гражданском правообороте действуют организационные образования, не являющиеся юридическими лицами" (Wolter, 1967, с. 162). Эта идея была развита другими авторами. В частности, С. Влодыка определил квази юридические лица как „субъекты (социальные образования), которые не являются ни физическими, ни юридическими лицами, однако, допускаются к участию в правовом обороте в ограниченном объеме, т.е. при ограниченной правоспособности и связанной с ней процессуальной и арбитражной дееспособностью". (Włodyka, 1981, с. 121). Затем тот же автор доказывал, что все субъекты, которые в соответствии с законом имеют право участвовать в правообороте должны быть поделены на две группы, а именно, на юридические и квази юридические лица. Последними являются „такие субъекты, которых действующие положения не наделили статусом юридической личности напрямую, но наделили некоторыми атрибутами юридического лица; следовательно, они пользуются только теми атрибутами, которыми их наделил закон". (Włodyka, 1996, с. 190, 191). К сторонникам концепции квази юридических лиц относились также, среди прочих, С. Шэр (Szer, 1967, с. 193–194), З. Жэпка (Rzepka, 1972, с. 28–38), С. Бучковски (Buczkowski, 1972, с. 106), С. Солтысиньски (Sołtysiński, 1994, с. 38–39).

На первом этапе (в соответствии с Торговым кодексом) часть представителей науки придерживалась мнения, что хотя хозяйственные товарищества и не являются юридическими лицами в понимании Гражданского кодекса, так как никакие положения закона не наделяют их статусом юридической личности (ст. 33 ГК), то они должны быть признаны так называемыми квази юридическими лицами, в связи с тем, что обладают многими атрибутами гражданской правосубъектности (несколькими существенными особенностями юридических лиц). Полное товарищество имеет обособленное имущество, может приобретать права, принимать на себя обязательства, быть истцом и ответчиком в суде (ст. 81 и 82 Торгового кодекса). Кроме того, оно, как и хозяйственные общества, наделенные статусом юридической личности, подчиняется положениям о банкротстве (Sołtysiński, 1994, с. 38–39).

Концепция третьего вида субъектов гражданского права, т.е. квази юридических лиц, подверглась критике других авторов, которые подчеркивали, что создание субъектов гражданского права должно соответствовать положениям Гражданского кодекса. На то, что кодекс различает два вида субъектов, указывают два основных обстоятельства. Во первых, согласно ст. 1 ГК, „Настоящий кодекс регулирует граж-

данские правоотношения между физическими лицами и юридическими лицами", *ergo* согласно кодексу субъектами гражданских правоотношений являются исключительно физические и юридические лица. Во вторых, Гражданский кодекс в главе II книги первой (глава II „Лица") перечисляет только физические лица (раздел I) и юридические лица (раздел II), таким образом, он не содержит третьего вида лиц гражданского права и субъектов гражданских правоотношений (Grzybowski, 1976, с. 3, 7; Grzybowski, 1985, с. 291; Radwański, 1999, с. 184). В конечном итоге Верховный Суд поддержал эту позицию.

Однако, прежде чем Верховный Суд выработал единое мнение в продолжающимся споре, в его решениях прослеживаются очевидные противоречия. Например, хотя в решении, принятом в составе семи судей от 10 января 1990 г., III CZP 97/89 (OSNCP 1990, поз. 74), он постановил, что концепция так называемых квази юридических лиц не находит достаточных подтверждений в положениях Гражданского кодекса, то в решении принятом в полном составе Судебной коллегии по гражданским делам от 14 декабря 1990 года, III CZP 62/90 (OSNC 1991, поз. 36) уже решил, что „наделение процессуальной дееспособностью общественных организаций, не имеющих статуса юридической личности, но допущенных к деятельности на основании действующего законодательства, в принципе подразумевает признание законодателем их правоспособности, и, следовательно, признание их в качестве субъектов прав и обязательств гражданского права". Два следующих решения, однако, уже совершенно ясно указывают на соблюдение принципов дихотомического деления субъектов гражданско-правовых отношений и на отказ от концепции квази юридических лиц. В решении в составе семи судей от дня 31 марта 1993 г., III CZP 176/92 (OSNCP 1993, поз. 171) Верховный Суд определил, что правоспособностью обладают только физические и юридические лица. А в решении в составе 7 судей от 26 января 1996 г., III CZP 111/95 (OSNC 1996 поз. 63) Верховный Суд уточнил, что „создание субъектов гражданско-правовых отношений должно соответствовать основным положениям Гражданского кодекса. Положения этого Кодекса основаны на дихотомическом разделении субъектов на физические и юридические лица, а утвержденная в нем формализованная система получения статуса юридической личности организационными образованиями аппелирует против допустимости наделения этих организаций правоспособностью, несмотря на несоответствие условиям ст. 33 ГК. Концепция так называемых квази юридических лиц, следовательно, не находит достаточного основания в положениях Гражданского кодекса".

То мнение, что наше гражданское право предполагает только два вида субъектов, повлияло на оценку хозяйственных товариществ. Согласно нему, тезис об отсутствии правосубъектности у хозяйственных товариществ был обоснован (нельзя их отнести ни к юридическим лицам, ни, тем более, к физическим) – субъектами гражданских правоотношений являлись исключительно участники этих товариществ.

3.2. Проблема квази юридических лиц в отражении Кодекса торговых обществ

Вопрос правосубъектности в гражданском праве проявился в новом ракурсе после вступления в силу Кодекса торговых обществ (второй период). Уже в обосновании проекта закона „Кодекс торговых обществ" от 4 февраля 2000 г. (сборник нр 1687), его авторы подчеркнули, что: „Проект стремится развеять сомнения, касающиеся правосубъектности хозяйственных товариществ, четко предусматривая, что они могут приобретать недвижимость и другие имущественные права" (пкт. I.7iii). Эта тема появилась в обосновании еще раз как утверждение, согласно которому: „Проект предусматривает, что хозяйственные товарищества [...] являются „квази юридическими лицами", которые ведут предприятие под собственным наименованием, могут принимать на себя обязательства, приобретать права, также недвижимость в собственность и другие имущественные права, быть истцом и ответчиком в суде" (пкт. II.1iii). Эта четкая позиция авторов проекта Кодекса торговых обществ (приверженцев первого варианта в представленном выше споре, в то время, когда обязывал Торговый кодекс), – отраженная в содержание самого Кодекса (см. в особенности ст. 8), – значительно укрепила тезис о правомерности выделения квази юридических лиц и правосубъектности хозяйственных товариществ. Этот тезис в скором времени поддержала большая часть научного мира.

Однако так и не были устранены существенные сомнения. Главной проблемой оставался факт, что на втором этапе упомянутой дискуссии Гражданский кодекс не содержал информации о квази юридических лицах. Данное обстоятельство было замечено Кодификационной комиссией гражданского права, которая намеревалась изменить такое состояние дел. Согласно проекту закона от 18 июля 2001 года „О внесении изменений в закон – Гражданский кодекс", существующее содержание ст. 33 ГК должно было превратиться в § 1 данной статьи. Планировалось добавить § 2 ст. 33 следующего содержания: „К орга-

низационным образованиям, не являющимися юридическими лицами, но которых закон наделяет правоспособностью, применяются соответственно положения об юридических лицах". Это положение должно было со всей определенностью признать существование третьего вида субъектов гражданского права. Предложенные Кодификационной комиссией изменения в науке были признаны как недостаточные, указывая на необходимость внесения дополнительных изменений. Предлагалось: во-первых, изменить содержание ст. 1 ГК (так как кодекс должен был регулировать отношения между физическими лицами, юридическими лицами и организационными образованиями, не являющимися юридическими лицами, которых закон наделял правоспособностью), а во-вторых, изменить систематику ГК – в главе II ГК вместе с разделом I (физические лица) и разделом II (юридические лица) должен появиться раздел III – квази юридические лица. Подчеркивалось, что введение третьего вида субъектов гражданского права является измененим такого качественного масштаба, который требует модификации более комплексной, чем предлагает это § 2 ст. 33 (Moskwa, 2002, с. 23).

Сомнению был подвергнут также ключевой аргумент в пользу концепции квази юридических лиц, которым, по мнению авторов Кодекса торговых обществ должен был стать § 1 ст. 8 KTO. Согласно нему: „Хозяйственные товарищества могут от своего имени приобретать права, также недвижимость в собственность и другие имущественные права, принимать на себя обязательства, быть истцом и ответчиком в суде". Критика основывалась на том мнении, что формулировка, примененная в § 1 ст. 8 KTO не исключает такую интерпретацию этого положения, которая бы соответствовала положениям ГК, и, следовательно, исключала бы конструкцию третьего вида субъектов гражданского права. Такая интерпретация схожа с толкованием ст. 81 KTO, данным противниками концепции квази юридических лиц. Согласно нему, используемый в § 1 ст. 8 термин „товарищество" является лишь аббревиатурой, обозначающей участников товарищества в вопросах созданной ими общности. Приобретение прав или принятие обязательств товариществом в принципе является приобретением прав или принятием обязательств участниками товарищества (см. Moskwa, 2000, с. 221).

Сомнения были связаны также с аргументами сравнительного правоведения – авторы проекта Кодекса торговых обществ использовали немецкие решения, а в Германии спор на тему квази юридических лиц был далек от завершения (на тему таких сомнений см. Moskwa, 2002, с. 20–21 i 23).

3.3. Проблема квази юридических лиц в § 1 ст. 33[1] ГК

Конец спору положил вошедший в силу § 1 ст. 33[1] ГК, который был добавлен в Кодекс на основании п. 2 ст. 1 закона от 14 февраля 2003 г. „Об изменении закона – Гражданский кодекс и некоторых других законов" (третий этап). Согласно § 1 ст. 33[1]: „К организационным образованиям, не являющимися юридическими лицами, но которых закон наделяет правоспособностью, применяются соответственно положения об юридических лицах". Из цитируемого положения можно сделать очевидный вывод. Законодатель четко определил, что у нас теперь есть три, а не две, категории субъектов гражданско-правовых отношений. Кроме физических и юридических лиц такими субъектами также являются „организационные образования, не являющиеся юридическими лицами, но которых закон наделяет правоспособностью" (так называемые квази юридические лица). Кроме того, существуют, конечно, организационные образования, которых ни одно из положений закона не наделяет правоспособностью. Они не принадлежат к кругу субъектов гражданского права (см. Frąckowiak, 2003, с. 22–24; Radwański, 2003, с. 4–7; Pazdan, 2005, с. 95; Moskwa, 2006, с. 375–376).

Мнению научной среды соответствует позиция судебных органов. Уже в своем решении от 28 октября 2003 года, I CK 201/02 (LEX нр. 151608) Верховный суд постановил, что в свете новых положений ст. 33[1] ГК „концепция субъектов гражданского права в корне изменилась". Суть концепции определило решение Верховного Суда в составе семи судей от 21 декабря 2007 года, III CZP 65/07 (OSNC 2008, поз. 69), в котором объявлено, что субъектами гражданско-правовых отношений (прав и обязанностей) могут быть не только физические и юридические лица (ст. 1 ГК), но также организационные образования, упомянутые в ст. 33[1] ГК. Такое организационное образование, наделенное правоспособностью (правосубъектностью) может иметь собственные активы, отдельные от активов субъектов, входящих в ее состав. Это следует непосредственно из факта присущей ей правоспособности. В этом же решении, Верховный суд определил характер квази юридического лица. В соответствии со ст. 33[1] ГК, эта конструкция характеризуется тремя существенными чертами: она наделена законом правоспособностью, не является юридическим лицом и является организационным образованием (имеет определенную организационную структуру).

После длительных споров решен также вопрос гражданско-правовой правоспособности хозяйственных товариществ. Следует напомнить, что в соответствии с § 1 ст. 8 „Хозяйственное товарищество может от своего имени приобретать права, также недвижимость в собствен-

ность и другие имущественные права, принимать на себя обязательства, быть истцом и ответчиком в суде". Это положение достаточно четко указывает, что упомянутое образование не только регулируется законом, но и обладает правоспособностью и даже дееспособностью (Radwański, 2003, с. 6). Сравнение § 1 ст. 33^1 ГК с § 1 ст. 8 КТО приводит к однозначному выводу. В настоящее время, нет никаких сомнений в том, что хозяйственные товарищества являются субъектами гражданско-правовых отношений, так как они относятся к категории квази юридических лиц.

К тому же можно добавить, что квази юридическими лицами являются также хозяйственные общества на этапе организации. Этот тезис не вызывает сомнений и подтверждается § 1 ст. 33^1 ГК и § 1 ст. 11 КТО. Это второе положение повторяет формулу, естественно, на этот раз в связи с обществами на этапе организации, которая содержится в § 1 ст. 8 КТО.

В то время как подавляющая часть научного мира и судебной практики поддерживает существование третьей категории субъектов гражданского права, то способ ее введения и регулирования уже 12 лет является предметом критики. В литературе предмета внимание обращено особенно на три вопроса:

1. Очень часто задается вопрос об отношениях между § 1 ст. 33^1 ГК и ст. 1 ГК, который обычно сопровождается критикой последнего положения (см. на эту тему: Kappes, 2010, с. 35–36; Kidyba, 2004, с. 11; Marcisz, 2012, с. 66; Tyrakowska, 2010, с. 35; Wach, 2008, с. 144). Дело в том, что ст. 1 ГК сохранила свое звучание и описывает два субъекта гражданско-правовых отношений (физические и юридические лица), не упоминая организационные объединения, не являющиеся юридическими лицами, но которые закон наделяет правоспособностью. Следует предположить, что ст. 1 действительно требует изменений и – в согласовании с § 1 ст. 33^1 ГК – должна звучать следующим образом: „Настоящий Кодекс регулирует гражданско-правовые отношения между физическими лицами, юридическими лицами, а также между организационными образованиями, не являющимися юридическими лицами, но которых закон наделяет правоспособностью". Хотя дальнейшие положения Гражданского кодекса и относятся прежде всего к физическим и юридическим лицам, то в § 1 ст. 33^1 ГК все-таки произошло крайне важное изменение, которое необходимо подчеркнуть в месте наиболее подходящим, а именно в ст. 1 ГК. Неупоминания об этом в ст. 1 ГК придает этому изменению менее ясное и выразительное значение (см. в особенности Frąckowiak, 2003, с. 23; Wójcik, 2004, с. 340).

2. Трудности возникают также при определении перечня „организационных образований, не являющихся юридическими лицами, которых закон наделяет правоспособностью". Очевидным становится тезис, что в отличие от ст. 33 ГК термин „наделяет" не означает ясного утверждения, что образование является правоспособным. Скорее всего надо согласиться с мнением Э. Гневка, в соответствии с которым намерение законодателя наделить определенные организационные образования правоспособностью может выражаться указанием на основные характеристики наделяемой способности. Поэтому достаточно, если законодатель наделит отдельные организационные образования „способностью приобретать права и обязанности" или „способностью приобретать от своего имени права и обязанности" (Gniewek, 2004, с. 123). Точно так же постановил Верховный суд. В цитируемом уже решении в составе семи судей от 21 декабря 2007 года, III CZP 65/07, подчеркнуто, что формулировку „может принимать на себя обязательства, быть истцом и ответчиком" следует рассматривать как равносильную утверждению, „может быть субъектом прав и обязательств в рамках гражданско-правовых отношений", что соответствует общепринятому определению правоспособности. При этом не следует придавать слишком большое значение факту, что в положении отсутствует четкое определение того, что организационное объединение может приобретать права и принимать на себя обязательства „от своего собственного имени". Предлагаемое решение не всегда приводит к однозначным результатам. В частности, появляются сомнения в отношении статуса домовых сообществ, общественных объединений или организационных объединений, для которых закон предусматривает право на заключение только определенных договоров (Kubot, 2005, с. 110).
3. Еще более спорными являются последствия надлежащего применения к квази юридическим лицам положений об юридических лицах. Сомнения усиливает факт, что третья группа субъектов не имеет однородного характера. Следует, однако, согласиться с мнением, что § 1 ст. 33^1 ГК отсылает к положениям об юридических лицах, содержащихся в Гражданском кодексе (например ст. 35–43, ст. 43^5–43^7, ст. 416) и положениям законов, касающихся юридических лиц. Неприемлемым является, однако, соответствующее применение к конкретному квази юридическому лицу правовых положений, касающихся конкретного юридического лица (см. Koraczyńska-Pieczniak, 2014, с. 17 вместе

с цитируемой там литературой). Вопрос адекватности определенного положения, касающегося юридических лиц, может оказаться источником весьма основополагающих споров. Например, несмотря на то, что Верховный Суд признал, что в случае предпринятия действий от имени полного товарищества следует применять надлежащим образом положения ст. 210 KTO (решение от 6 февраля 2013 г., V CSK 154/12, LEX № 1331375; решение от 8 февраля 2013 г., IV CSK 332/12, OSNC 2013 № 10, поз. 117), в то время как в науке эта позиция была, – на мой взгляд, – справедливо признана недопустимой (см. K. Kopaczyńska-Pieczniak, 2014, c. 15–21; J. Krauss, 2014, c. 41–47).

4. Предложение возврата к дихотомии субъектов гражданского права

Представляется, что хотя с 2003 года *de lege lata* ситуация, в принципе, ясна, однако, судьба организационных объединений – квази юридических лиц, – окончательно не решена. Целью не является возврат к исходной точке и лишение их статуса субъектов гражданского права, а, – наоборот, – причисление их к категории юридических лиц.

В обосновании проекта закона „Кодекс торговых обществ" от 4 февраля 2000 г. (сборник № 1687) заявлено, что наделение хозяйственных товариществ статусом юридической личности противоречило бы сложившейся традиции польского гражданского права, чрезмерно нивелировало бы различия между юридическими и квази юридическими лицами, которые характеризуются только некоторыми атрибутами полной правосубъектности (у них нет органов и они не признают в качестве принципа исключения ответственности участников по долгам компании), и включало было бы риск наложения на них корпоративного налога [пкт. I. 1. (iii)]. Эти выводы часть ученых приняла скептически. Не без причины указывалось на то, что участники хозяйственного товарищества могут рассматриваться в качестве органа юридического лица, структура юридического лица не обязательно должна всегда содержать исключение ответственности других лиц по обязательствам этого лица, а опасности обложения хозяйственных товариществ двойным налогом на прибыль можно избежать путем введения некоторых (ни в коем случае не революционных) изменений в законадательстве о подоходном налоге (Frąckowiak и Potrzeszcz, 2000, с. 1–7; необходимо добавить, что в настоящее время Й. Фронцковяк

признает конструкцию третьего лица за наилучшее решение для хозяйственных товариществ – см. Frąckowiak, 2012, с. 17–20).

За эти годы указанная тенденция усиливалась. Характерным в этом отношении является недавнее заявление Й. Краусса, в котором автор критически отмечает, что „отход от дихотомического разделения субъектов гражданского права (физические лица, юридические лица) и „втискивание" между ними субъектов третьего типа „уменьшило" участие физических лиц в хозяйственных отношениях, а также в какой-то степени подорвало структуру юридической личности, ограничивая сферу ее применения в торговле" (Krauss, 2014, с. 43). Здесь можно добавить еще два замечания. Во-первых, отход от концепции квази юридических лиц решил бы многие проблемы. Например, признание хозяйственных товариществ юридическими лицами, то есть категорией идеально „разработанной" в теории гражданского права, что, кроме того, является следствием этой „разработки", создало бы комфортную ситуацию. К хозяйственным товариществам непосредственно применялись бы, без сложных процедур интерпретации, многочисленные положения об юридических лицах. Во-вторых, принцип дихотомии субъектов гражданского права действует во многих странах и был проверен на практике.

Эти рассуждения подтверждает проект первой книги Гражданского кодекса, подготовленный Кодификационной комиссией гражданского права в 2008 году. Основным изменением, предложенным в законопроекте, является возвращение к дихотомии субъектов гражданского права, в соответствии со ст. 1 ГК, согласно которой субъектами гражданского права являются физические лица и юридические лица. Последние в проекте определены следующим образом „Юридическим лицом является как организационное образование, которое таковым признает закон, так и такое, которое закон наделяет правоспособностью. Во втором случае объем правоспособности определяется на основании положений закона, наделяющих организационное образование правоспособностью" (ст. 43).

Свою позицию Кодификационная Комиссия обосновала следующими аргументами. Во-первых, указано, что хотя нынешние положения удовлетворяет одноразовым потребностям, и так существуют противоречия. Все еще актуален вопрос, существуют ли в польской системе гражданского права два субъекта, так как, на самом деле, к квази юридическим лицам применяется режим юридических лиц, или, – несмотря на редакцию ст. 1 ГК, – кроме физических и юридических лиц, существует третий субъект – квази юридическое лицо (неполное)?

Во вторых, по мнению комиссии, усиление правосубъектности хозяйственных товариществ, которые несомненно являются наиболее многочисленной и наиболее важной группой квази юридических лиц, затерло разницу между ними и юридическими лицами. Кодекс торговых обществ наделяет хозяйственные товарищества правоспособностью в очень большом объеме (ст. 8 КТО). Предусматривается, что имущество, предприятие и фирма, а также обязательства, по которым отвечает своим имуществом товарищество, принадлежат товариществу, а не его участникам. Ответственность участников, сформированная как ответственность за чужой долг, является субсидиарной по отношению к товариществу. Кроме того, в некоторых хозяйственных товариществах (партнерское товарищество и командитно – акционерное товарищество) существует свои органы. Поэтому извлечение отдельной категории квази юридических лиц, хотя и уходит корнями в историю, теперь является искусственным творением.

В третьих, комиссия обратила внимание на налоговый аспект, подчеркнув, что признает, что одним из основных аргументов, который в ходе работы над Кодексом торговых обществ сыграл важную роль в сохранении квази юридических лиц, несмотря на усилении их юридического статуса, были налоговые соображения. Налогообложение хозяйственных товариществ, не являющихся юридическими лицами, является более благоприятным для его участников. Таким образом, представляя проект выравнивающий, кроме прочего, статус хозяйственных товариществ со статусом хозяйственных обществ, предполагается одновременное изменение налогового законодательства таким образом, чтобы процедура, состоящая в основном на наименовании юридическими лицами субъектов, которые уже давно наделены правоспособностью, не повлекла для них дополнительные налоговые нагрузки.

5. Завершение

Вышеприведенные замечания позволяют сформулировать несколько важных выводов. *Primo,* в ст. 33 КС мы имеем дело с нормативной концепцией юридической личности. Это положение требует названия организационного образования (определенного вида организационных образований) юридическим лицом. *Secundo,* в ст. 33^1 ГК законодатель определил, что в настоящее время у нас три, а не две категории субъектов гражданско-правовых отношений. Помимо физических и юридических лиц субъектами также являются квази юридические

лица. *Tertio*, анализ § 1 ст. 33^1 ГК и § 1 ст. 8 KTO указывает на то, что хозяйственные товарищества являются субъектами гражданско-правовых отношений, поскольку относятся к категории квази юридических лиц. То же самое относится к хозяйственным обществам в организации (§ 1 ст. 33^1 ГК и § 1 ст. 11 KTO). *Quatro*, серьезные аргументы (хоть и не точка зрения стабильности закона) свидетельствуют в пользу возврата к дихотомии субъектов гражданского права с расширением категории юридических лиц, включая в их число организационные образования, которые закон не называет юридическими лицами, но которых наделяет правоспособностью.

Биографическая аннотация:

доктор юридических наук, профессор Университета им. Адама Мицкевича в Познани, почетный профессор Иркутского Государственного Университета.

Литература

Buczkowski S. (1972). B: *Kodeks cywilny. Komentarz, t. I.* Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Frąckowiak J. (2003). Instytucje prawa handlowego w kodeksie cywilnym, *Rejent*, 6, 15–40.

Frąckowiak J. (2012). O niektórych zagrożeniach dla handlowych spółek osobowych – szczególnie spółki jawnej. *Przegląd Prawa Handlowego*, 9, 15–20.

Frąckowiak J., Potrzeszcz R. (2000). Czy nadanie osobowości prawnej handlowym spółkom osobowym wymaga zasadniczej reformy prawa podatkowego? *Przegląd Prawa Handlowego*, 1, 1–7.

Gniewek E. (2004). B: E. Gniewek (ред.)., *Kodeks cywilny. Komentarz do artykułów 1–534. Tom I*. Warszawa: C. H. Beck.

Grzybowski S. (1985). B: S. Grzybowski (ред.)., *System prawa cywilnego. Część ogólna.* Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź: Ossolineum.

Grzybowski S. (1976). Kilka uwag o rzekomych podmiotach stosunków cywilnoprawnych. *Studia Cywilistyczne*, XXVII, 3–20.

Kappes A. (2010). Ułomne osoby prawne w projekcie kodeksu cywilnego z 2009 r. *Przegląd Prawa Handlowego*, 12, 34–39.

Kidyba A. (2004). Niektóre skutki dla obrotu handlowego wprowadzenia trzeciej kategorii podmiotowej. *Przegląd Prawa Handlowego*, 12, 11–14.

Klein A. (1983). *Ewolucja instytucji osobowości prawnej.* B: E. Łętowska (ред.)., *Tendencje rozwoju prawa cywilnego.* Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź: Ossolineum.

Kopaczyńska-Pieczniak K. (2014). Problem stosowania art. 210 § 1 k.s.h. odpowiednio lub per analogiam do wspólników uprawnionych do reprezentowania handlowych spółek osobowych. *Przegląd Prawa Handlowego*, 11, 15–21.

Krauss J. (2014). Dopuszczalność stosowania przepisów o osobach prawnych do reprezentacji spółki jawnej. *Glosa*, 1, 41–47.

Kubot Z. (2005). *Organy osób prawnych, ułomnych osób prawnych oraz innych jednostek organizacyjnych*. B: M. Zieliński (ред.)., *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga jubileuszowa Profesora Bronisława Ziemianina*, Szczecin: Ars boni et aequi.
Marcisz E. (2012). Refleksje nad podmiotowością prawną spółek osobowych. *Rejent*, 2, 63–90.
Moskwa L. (2000). *Stosunek zewnętrzny spółki komandytowej*. Poznań: Wydawnictwo Printer.
Moskwa L. (2006). *Nowe przepisy o reprezentacji osobowych spółek handlowych (z wyłączeniem spółki komandytowo-akcyjnej)*. B: J. Frąckowiak (ред.)., *Kodeks spółek handlowych po pięciu latach*, Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego.
Moskwa P. (2002). „Ułomne osoby prawne" – czy koniec zadawnionego sporu? *PUG*, 11, 19–23.
Pazdan M. (2005). *Podmioty bez osobowości prawnej po nowelizacji kodeksu cywilnego z 2003 roku*. B: M. Zieliński (ред.), *W kręgu teoretycznych i praktycznych aspektów prawoznawstwa. Księga jubileuszowa Profesora Bronisława Ziemianina.* Szczecin: Ars boni et aequi
Radwański Z. (1999). *Prawo cywilne – część ogólna*. Warszawa: C. H. Beck.
Radwański Z. (2003). Podmioty prawa cywilnego w świetle zmian kodeksu cywilnego przeprowadzonych ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. *Przegląd Sądowy*, 7–8, 3–23.
Rzepka Z. (1972). B: *Kodeks cywilny. Komentarz, t. I*. Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.
Sołtysiński S. (1994). B: S. Sołtysiński, A. Szajkowski, J. Szwaja (ред.)., *Kodeks handlowy. Komentarz, t. 1*, Warszawa: C. H. Beck.
Tyrakowska M. (2010). Podmiotowość cywilnoprawna osób ustawowych na przykładzie spółki jawnej. *Przegląd Prawa Handlowego*, 5, 32–38.
Wach M. (2008). *Status ułomnych osób prawnych w polskim prawie cywilnym.* Warszawa: C. H. Beck.
Włodyka S. (1981). *Prawo gospodarcze. Zarys systemu. Część ogólna. T. I*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
Włodyka S. (1996). B: S. Włodyka (ред.)., *Prawo spółek*. Kraków: IPSIZ Kraków.
Wolter A. (1967). *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*. Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe.
Wójcik S. (2004). Kilka uwag w związku z ustawą z dnia 14 lutego 2003 r. zmieniającą Kodeks cywilny oraz niektóre inne ustawy. B: J. Barta (ред.)., Księga pamiątkowa ku czci Profesora Janusza Szwaji. *Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej Uniwersytetu Jagiellońskiego*, 88, 331–351.

Podmiotowość w polskim prawie cywilnym

Streszczenie

Artykuł dotyczy problematyki podmiotowości w polskim prawie cywilnym, w szczególności zaś podmiotowości jednostek organizacyjnych. Przedmiotem analizy jest w pierwszej kolejności art. 33 KC, w którym kodyfikator posłużył się tzw. normatywną (formalną) koncepcją osobowości prawnej. Większość uwagi poświęcono jednak ułomnym osobom prawnym, których status od lat kilkudziesięciu budzi zasadnicze kontrowersje. Wypada przyjąć, że *de lege lata* (art. 33^1 KC) stanowią one trzecią, obok osób fizycznych i osób prawnych, kategorię podmiotów prawa cywilnego. Z tą ostatnią tezą nie koresponduje art. 1 KC. Należy sądzić, że dla usunięcia wszelkich wątpliwości, konieczna byłaby jego zmiana i przyjęcie, że kodeks cywilny

reguluje także stosunki cywilnoprawne z udziałem jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, którym ustawa przyznaje zdolność prawną. Artykuł zamykają uwagi dotyczące propozycji powrotu do dychotomii podmiotów prawa cywilnego, z rozszerzeniem kategorii osób prawnych na aktualne ułomne osoby prawne. Poważne racje (choć nie wzgląd na stabilność prawa) przemawiają za takim rozwiązaniem.

Słowa kluczowe: podmiotowość prawna, jednostka organizacyjna, osoby prawne, ułomne osoby prawne.

VALERY MUSIN

Interruption of the time limitation period

Przerwanie biegu przedawnienia

Summary

The article concerns the issue of interruption of time limitation period under Russian law. Special attention was paid to the two mechanisms resulting in the interruption of the time limitation period: bringing a claim by an obligee (creditor) and an acknowledgment of debt by the obligor (debtor). The first section includes in particular these changes in Russian legislation that resulted from the need to ensure adequate protection of an obligee in terms of the interruption of the time limitation period after bringing a claim. The article also covers practical issues related to the problems that arise in the course of litigation proceedings pending before the Russian courts of arbitration. The author also pointed to the role played by the rules developed by international organizations, in particular the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, 2010. In his view, the modifications made under their influence into Russian law contribute to ensuring more effective legal protection in the event of a violation of rights.

Key words: limitation period, acknowledgement of the debt, claim, Civil Code, Arbitration Procedure Code.

Until recently interruption of the time limitation period resulted from:
1) bringing a suit in due course, and
2) performance of actions by the obliged person which testify to recognition of the debt (see: Article 203, Paragraph 1 of the Civil Code)[1].

[1] Similar rules are set forth in Articles 13 and 20 of the Convention on Time Limitation in International Sale of Goods 1974.

Let us now consider these situations in turn.

1. **Bringing a suit in due course** means that the following conditions must be complied with:

(a) A statement of claim must be filed with a court of appropriate jurisdiction. If a plaintiff in a commercial dispute files suit in a court of general jurisdiction (instead of in a state arbitration court), the running of the statute of limitations will not be interrupted.

Likewise, if a statement of claim arising out of a contract with an arbitration clause is filed with a state arbitration court (rather than with the arbitral forum agreed to in the arbitration clause) the statute of limitations will not be interrupted as long as the other party objects to resolution of the dispute by the state arbitration court prior to (or at least no later than) the date set for his reply to the merits of the case. If he objects timely, the state arbitration court will not consider the statement of the claim (see: Article 148, Section 5 of the RF Arbitration Procedure Code)[2].

It should also be noted that in filing a statement of claim, the territorial competence of the relevant court must be observed. For example, according to a general rule stated in Article 35 of the Arbitration Procedure Code „a suit shall be brought to a state arbitration court of the subject of the Russian Federation at the place of location or place of residence of the defendant."

If, in violation of this rule, a plaintiff files his statement of claim with a state arbitration court of the subject of the Russian Federation where the plaintiff has his own place of business, the running of the time limitation period will not be interrupted, since the case is beyond the competence of the court. In such a situation, the court will return the statement of claim to the plaintiff (see: Article 129, Section 1, Subsection 1 of the Arbitration Procedure Code).

(b) If, according to a law[3] or contract, a „letter before action" should be sent to a defendant prior to filing a statement of claim with a court, a plaintiff should follow this requirement, otherwise the statement of

---

[2] As it is expressly stated in Article 204 of the Civil Code „if a suit has been left without consideration by a court, then the running of the period of time limitation which commenced before bringing suit shall continue in the general procedure…" (Paragraph 1).

[3] Article 797, Section 1 provides that filing of the statement of claim resulting from a contract of carriage of goods shall be preceded with a letter before action in compliance with appropriate transport charter or code. E.g. according to the RF Merchant Shipping Code such a letter before action in case of carriage of goods by sea in cabotage should be presented within the time limitation period and it should be considered by the carrier within 30 days from the date of its receipt. Time limitation period shall be suspended from the date of submission of the letter to the carrier until receipt of a reply or expiration of a term for it (see: Articles 403, 406, 407).

claim will not be considered (see: Article 148, Section 2 of the Arbitration Procedure Code), and no interruption of the running of the statute of limitation will occur.

2. **Acknowledgement of the debt by the debtor** may be proved by acts such as his letter to the creditor with information concerning his efforts to arrange payment via a bank, or the debtor's letter to the creditor attaching a copy of the debtor's application to relevant state bodies requesting an allocation of money for payment of the debt (see: Rosenberg, 2006, p. 371–372).

The debtor's intention to acknowledge his duty to the creditor must appear clearly from relevant document(s). For example, the ICAC (International Commercial Arbitration Court) held that the defendant's letter to the plaintiff containing schedules of payment for the goods did confirm the defendant's indebtedness (see: Practice of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 2006, p. 301).

On the other hand, the mere fact that the defendant did not contest receipt of the goods could not in and of itself be deemed acknowledgement of his duty to pay for the goods on the basis of the contract since the defendant in his letters to the plaintiff denied the existence of any reasons for payment for the goods (see: Practice of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 2006, p. 249–250).

Similarly, a defendant's request that he be provided with documents supporting the plaintiff's claim was not recognized by the ICAC as an act resulting in interruption of the statute of limitations. Nor did the ICAC find the limitation period interrupted by a bilateral statement confirming the debt since this statement was signed on behalf of the defendant by a person who had no authority to do so (see: Rosenberg, 2006, p. 372; Practice of the International Commercial Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation, 2006, p. 306–307).

It is self-evident that an act of acknowledgement of the debt must be made by the debtor within the time limitation period because if it has already expired, there is nothing to interrupt[4].

On the same reasons unilateral acts aimed to exercise of a right (such as set off) may only be performed within the time limitation period (see: Article 199, Section 3 of the Civil Code).

---

[4] If, on the other hand, a person performed his obligation after expiration of the time limitation period, he shall not have the right to demand back that which has been performed, even though at the time of performance he did not know that the limitation period had expired. (See: Article 206 of the Civil Code. A similar rule it set forth in Article 26 of the Convention on Time Limitation in International Sale of Goods 1974.

Legal consequences of interruption of a time limitation period are as follows. After the interruption, the running of the period of limitation shall commence anew; the time which lapsed before interruption shall not be calculated in the new period (see: Article 203, Paragraph 2 of the Civil Code).

There are also specific rules concerning time limitation period in case a victim seeks a court protection of a violated right.

According to Article 204 of the Civil Code a time limitation period shall not run from the day of application to a court in due course for protection of a violated right during the whole time period of court protection of this right (see: Section 1).

If a suit has been left without consideration by a court, then the running of the time limitation period which commenced before bringing suit shall continue in the general procedure unless otherwise follows from grounds upon which court proceedings on protection of the right have been terminated (see: Section 2, Paragraph 1).

If after leaving the suit without consideration non-expired part of the time limitation period is less six month, it shall be expended up to six months except cases when the grounds for leaving the suit without consideration were acts (omission) of the plaintiff (see: Section 3).

The expiration of the time limitation period shall be a basis for the court to render judgment rejecting the claim (see: Article 199, Section 2, Paragraph 2 of the Civil Code). However „limitations shall be applied by a court only upon an application of the party to the dispute made before the rendering of judgment by the court."[5] (Section 2, Paragraph 1).

Such an application shall be granted provided the court established that the time limitation period did expire. Here is an illustrative case.

A trial court rejected the claim given that the starting point of the time limitation period was December 13, 2006, so this period expired December 13, 2009, meanwhile the statement of claim was received by court December 16, 2009. The judgment was upheld both by court of appeal and the court of cassation.

However the Presidium of the RF Supreme State Arbitration Court, having reviewed the case upon supervisory complaint of the plaintiff, established the following.

The statement of claim was sent by the plaintiff to a trial court by post and it was submitted to the post office December 14, 2009. According to Article 194, Section 2 of the Civil Code written documents submitted to

---

[5] A similar rule is provided in Article 24 of the Convention on Time Limitation in International Sale of Goods 1974.

a post office before 12 p.m. of the last day of the time period shall be deemed submitted in due time.

It should also be noted that in case the last day of a time period falls on a non-work day, the last day of the time period shall be deemed the next workday (see: Article 193 of the Civil Code).

In the case in question the last day of the time limitation period was December 13, 2009, Sunday, i.e. non-work day. Therefore the last day of the time limitation period was the next day, i.e. December 14, 2009.

The Presidium came to a conclusion that the statement of claim was sent by post within the time limitation period; lower courts' acts were quashed (see: Bulletin of the Supreme State Arbitration Court of the Russian Federation, 2011, No 11, p. 188–191).

3. Recent legal consequences of time limitations concerning filing a suit and acknowledgement of a debt. Traditionally both these situations entailed interruption of the time limitation period after which the period would begin to run anew; the time period that had lapsed before interruption was not to be included in the new term (see: Article 51 of the Civil Code 1922, Article 86 of the Civil Code 1964, Article 203 of the Civil Code 1995, original version).

However, the consequences of this rule had a different impact in the two situations: Where the debtor acknowledged the debt, thereby interrupting the time limitation period, the creditor could apply for court protection of his right at any time within the new time limitation period.

However, if the creditor brought suit, his position appeared to be more vulnerable. The new time limitation period, once begun, would run until its expiration (usually 3 years) without regard to how long judicial proceedings might last before a final court judgment (or arbitral award) took effect.

Since such proceedings could be delayed (such as when a case might repeatedly pass through several courts), the new time limitation period could well expire before complete resolution of the dispute[6].

---

[6] Here is an illustrative case considered by the ICAC. A statement of claim was filed with the ICAC January 16, 2001. On May 29, 2002 the ICAC issued an arbitral award granting the claim in part. The respondent filed a motion with the State Arbitration Court of the City of Moscow with a motion to set the award aside. This motion was rejected by the ruling of the State Arbitration Court of the City of Moscow on January 21, 2003. The respondent challenged this ruling in the Federal State Arbitration Court of the Moscow Circuit. Its ruling of April 17, 2003 quashed the ruling of the State Arbitration Court of the City of Moscow and referred the case back to that Court for review. The Court again rejected the respondent's motion to set aside the ICAC's award. The respondent repeated his cassation appeal to the Federal State Arbitration Court of the Moscow Circuit whose ruling of August 15, 2003 granted the respondent's appeal and quashed the ICAC's award. As a result of it the statement of claim was

Apparently due to such a perilous possibility the Civil Code was amended to differentiate acknowledgement of the debt by the debtor, on the one hand, and the bringing of suit by the creditor, on the other.

Interruption of the time limitation period is now provided only for an acknowledgement of debt (see: Article 203, the new version). However, if a new suit is filed, the time limitation period shall not ran from the date of application to a court for protection of the violated right through the entire time of judicial consideration of such protection (see: Article 204, the new version). In other words, the time limitation period is suspended.

It is useful to note that a similar approach is set forth in Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010.

According to Article 10.4 (1): "Where the obligor before the expiration of the general limitation period acknowledges the right of the obligee, a new general limitation period begins on the day after the day of the acknowledgement." This it is none other than an interruption of the time limitation period.

The following illustration is given in the Official Comment on this rule: „B discovers defects in the construction work of A only 9 years after completion of the work. The defects could not have been discovered earlier, B threatens to initiate legal action, and A acknowledges the defects. The new general limitation period begins to run from the acknowledgment, so the limitation period amounts altogether to twelve years."

But if suit is brought, the situation is different. Article 10.5 provides:

"(1) The running of the limitation period is suspended (a) when the obligee performs any act, by commencing judicial proceedings or in judicial proceedings already instituted, that is recognized by the law of the court as asserting the obligee's right against the obligor;

…

---

not considered. The plaintiff filed a new statement of claim in the same case with the ICAC February 8, 2005. The respondent contested the claim citing expiration of the time limitation period that ended January 16, 2004. The ICAC came to the following conclusion. The time limitation period was interrupted by submission of the original statement of claim of January 16, 2001, so this period started to run anew from the next day (i.e. January 17, 2001). The last day of this period was January 17, 2004. The ruling of the Federal State Arbitration Court of the Moscow Circuit (whereby the ICAC's award of May 29, 2002 was quashed and therefore the original statement of claim filed with ICAC was left without consideration) was taken August 15, 2003.The time gap between this date and the final date of the time limitation period (January 17, 2004) was 5 months. Within this time period the plaintiff had an ample opportunity to file a second statement of claim with ICAC but he failed to do so. The second statement of claim was submitted February 8, 2005 after the time limitation period had already expired. The circumstance (in conjunction with relevant reference of the respondent) led to rejection of the claim (see: Rosenberg, 2010, p. 150–158).

(2) Suspension lasts until a final decision has been issued or until the proceedings have been otherwise terminated."

Article 10.6 contains similar provisions concerning the initiation of arbitral proceedings.

Ergo: currently Civil Code rules concerning the legal consequences for the time limitation period of acknowledgement of the debt by the debtor and the bringing of suit have been harmonized with the relevant rules of the Unidroit Principles. (In terms of their legal status, these Principles are *lex mercatoria*, i.e. rules having been formed in the course of commercial practice). This will contribute to further improvement in the effectiveness of judicial protection of violated rights.

Biographical reference:

Author is Professor of Law, Head of the Civil Law Department of the Saint Petersburg State University, Corresponding Member of the Russian Academy of Sciences.

References

Rosenberg, M.G. (2006). *International Sale of Goods. Commentary on Legal Regulation and Practice of Dispute resolution*. Moscow: "Statut".

Rosenberg, M.G. (2010). *Practice of the International Commercial Arbitration Court of the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation in 2007–2008*. Moscow: "Statut".

Bulletin of the Supreme State Arbitration Court of the Russian Federation (2011). 11.

Practice of the International Commercial Arbitration Court at the Chamber of Commerce and Industry of the Russian Federation (2006).

Przerwanie biegu przedawnienia

Streszczenie

Artykuł dotyczy problematyki przerwania biegu przedawnienia na gruncie prawa rosyjskiego. Szczególną uwagę poświęcono dwóm mechanizmom skutkującym przerwaniem biegu przedawnienia: wytoczeniu powództwa przez wierzyciela oraz uznaniu długu przez dłużnika. W tym pierwszym punkcie uwzględniono zwłaszcza zmiany w ustawodawstwie rosyjskim, które wynikały z konieczności zapewnienia należytej ochrony wierzycielowi w zakresie biegu przedawnienia po wytoczeniu przez niego powództwa. Artykuł obejmuje swoim zakresem także kwestie praktyczne związane z prezentowaną problematyką, pojawiające się w trakcie zawisłych przed rosyjskimi sądami arbitrażowymi sporów. Autor

wskazał również na rolę, jaką odgrywają wypracowane przez organizacje międzynarodowe zasady, w szczególności *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2010*. Jego zdaniem, modyfikacje dokonywane pod ich wpływem w prawie rosyjskim przyczyniają się do zapewnienia większej skuteczności ochrony prawnej w przypadku naruszenia praw.

Słowa kluczowe: termin przedawnienia, uznanie długu, roszczenie, Kodeks cywilny, Kodeks postępowania arbitrażowego.

АНДРЕЙ НОВИКОВ

Пределы ответственности наследника по долгам наследодателя в российском гражданском праве

Granice odpowiedzialności spadkobiercy za długi spadkodawcy w rosyjskim prawie cywilnym

Резюме

Пределы ответственности наследника по долгам наследодателя в Российской Федерации ограничены активом наследственного имущества, а следовательно кредиторы могут требовать от наследника исполнения обязанностей в пределах стоимости наследственной массы. При отсутствии или недостаточности наследственного имущества требования кредиторов по обязательствам наследодателя не подлежат удовлетворению за счет имущества наследников. Однако, как вполне обоснованно считает Высший Арбитражный Суд РФ, сами по себе обязательства остаются и становятся натуральными. Эта же позиция поддерживается вступившим в силу Федеральным законом от 08.03.2015 № 42-ФЗ о внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации, в соответствии с которым обязательство за пределами стоимости наследственной массы не прекращается, а продолжает существовать именно как натуральное обязательство.

Ключевые слова: наследование, имущество, ответственность наследника, характер долговых обязательств, исполнение обязательства.

1. Постановка проблемы

В Российской Федерации наследование происходит по модели континентального права в порядке универсального правопреемства (п. 1 ст. 1110 ГК РФ). К наследнику имущество наследодателя переходит как единое целое со всеми его активами и пассивами (ст. 1112 ГК РФ). Пределы ответственности наследника по долгам наследодателя определены пунктом 1 статьей 1175 ГК РФ, согласно которому наследник отвечает по долгам наследодателя только в пределах стоимости перешедшего к нему наследственного имущества. Слово „отвечает" следует понимать, как возникновение у наследника обязанности исполнить за наследодателя то, что он сам был обязан исполнить при жизни. В отношении этих требований действует правило, согласно которому:

- вышеуказанная норма ограничивает ответственность наследника по долгам наследодателя только активом наследственного имущества (п. 1 ст. 1175 ГК РФ);
- требования кредиторов наследодателя обеспечены исковой защитой в пределах сроков исковой давности по данным требованиям (п. 3 ст. 1175 ГК РФ).

Следствием законоположений, указанных в п. 3 ст. 1175 ГК РФ, является то, что если кредитор своевременно не заявит о своих требованиях, то он утрачивает право принудительного взыскания долга, но только в случае, если должник заявит о пропуске истцом-кредитором срока обращения за судебной защитой (п. 2 ст. 199 ГК РФ). Закон прямо указывает, что в таком случае само по себе обязательство остается, и его добровольное исполнение не может быть оспорено должником с целью вернуть обратно исполненное по задавненному требованию (ст. 206 ГК РФ) или признано неосновательным обогащением кредитора (п. 2 ст. 1109 ГК РФ).

Заметим, что до 1 марта 2002 г., когда вступила в силу третья часть Гражданского кодекса РФ, действовали правила ст. 554 ГК РСФСР 1964 г. в точности повторяющие законоположения Примечания к ст. 434 ГК РСФСР 1922 г., согласно которым необращение кредиторов наследодателя с требованием об исполнении обязательства в течение шести месяцев с момента открытия наследства вело к прекращению самого права, а не только к задавниванию права требования. Показательно, что суды, несмотря на прямое указание закона, продолжали считать права кредиторов существующими даже после пропуска шестимесячного срока и при наличии уважительных причин восстанавливали им срок для предъявления требований к наследникам (Антимонов и Граве,

1955, с. 249). Только в ст. 557 ГК Украинской ССР отсутствовало указание на прекращение самого права требования в случае несоблюдения шестимесячного срока для подачи заявления с требованием об оплате долгов наследодателя (Гордон, 1967, с. 117). Доктринально же допускалось, что добровольное удовлетворение наследником требований кредиторов, пропустивших шестимесячный срок, не является недействительным, и совершивший предоставление наследник не вправе требовать возврата добровольно уплаченного (Серебровский, 2003, с. 232).

Теперь зададимся вопросом: что же должно произойти с долгами наследодателя, превышающими стоимость наследственной массы? В ныне действующем законодательстве об этом ничего не говорится. Из закона следует только лишь то, что кредиторы не могут потребовать от наследника исполнения обязанностей за пределами стоимости наследственной массы.

С вопросом о характере долговых обязательств, превышающих стоимость наследственного имущества, тесно связана и проблема правовой судьбы акцессорных обязательств, обеспечивающих исполнение основного обязательства. Если стоимость наследства окажется меньше денежного долга, обеспеченного, например, договором поручительства, то может ли кредитор потребовать от поручителя уплаты долга в полном объеме?

Верховный Суд Российской Федерации (далее – Верховный Суд РФ) и Высший Арбитражный Суд Российской Федерации (далее – Высший Арбитражный Суд РФ) заняли прямо противоположные позиции по данным вопросам, анализ которых позволит лучше понять правовую природу долговых обязательств, обременяющих наследственное имущество.

2. Правовые позиции Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ

Верховный Суд РФ занял позицию *favor debitoris*, разъяснив нижестоящим судам в п. 60 Постановления Пленума Верховного Суда РФ № 9 от 29 мая 2012 г. «О судебной практике по делам о наследовании» (далее – Постановление № 9), что при „отсутствии или недостаточности наследственного имущества требования кредиторов по обязательствам наследодателя не подлежат удовлетворению за счет имущества наследников и обязательства по долгам наследодателя прекращаются невозможностью исполнения полностью или в недостающей части наследственного имущества (п. 1 ст. 416 ГК РФ)”.

Из п. 60 Постановления № 9 проистекает и п. 62: „согласно пункту 2 статьи 367 ГК РФ поручитель наследодателя становится поручителем наследника лишь в случае, если поручителем было дано согласие отвечать за неисполнение обязательств наследниками. При этом исходя из п. 1 ст. 367 и п. 1 ст. 416 ГК РФ поручительство прекращается в той части, в которой прекращается обеспеченное им обязательство, и поручитель несет ответственность по долгам наследодателя перед кредитором в пределах стоимости наследственного имущества".

Новеллы Верховного Суда РФ незамедлительно вызвали острую критику. Так, Н.Ю. Рассказова по этому поводу совершенно обоснованно замечает, что если такой подход Верховного Суда РФ и представляет собой „разумное решение, то оно, к сожалению, не основано на законе (в силу ст. 407 ГК РФ обязательство прекращается полностью или частично по основаниям, предусмотренным настоящим Кодексом, другими законами, иными правовыми актами или договором)" (Рассказова, 2012, с. 30). И далее – „с чем категорически нельзя согласиться в предложенном Верховным Судом РФ разъяснении, так это с введением нового основания прекращения обязательства – отсутствия у должника в момент смерти имущества, достаточного для удовлетворения требований кредиторов. Сегодня такой вывод противоречит закону. В качестве предложения *de lege ferenda* он вреден. Дело не только в том, что такой подход, как минимум, отрицает роль обеспечительных инструментов. Смерть должника как способ освобождения третьих лиц от обязанностей – можно ли оправдать такое решение законодателя?" (Рассказова, 2012, с. 34). С этим мнением можно полностью согласиться за исключением одной небольшой детали – перед нами не спорное решение законодателя, а формулирование новой нормы ненадлежащим субъектом, который под видом толкования нормы права вторгается в область законотворчества. Ещё раз следует подчеркнуть, что в соответствии со ст. 407 ГК РФ обязательство прекращается полностью или частично по основаниям, предусмотренным Гражданским кодексом РФ, другими законами, иными правовыми актами или договором. Ни ГК РФ, ни какой-либо федеральный закон или иной правовой акт не предусматривает такого способа прекращения обязательства. Иные субъекты правоприменительной деятельности не могут вводить новые основания прекращения обязательства даже под видом разъяснения смысла отдельных законоположений. В российском правопорядке Верховному Суду РФ предоставлено право давать разъяснения по вопросам судебной практики, т.е. право легального толкования уже существующих норм, а не создание новых (ст. 126 Конституции Российской Федерации).

Собственно указание Верховного Суда РФ на прекращение обязательства невозможностью исполнения имеет утилитарно-процессуальный характер, так как должно служить для нижестоящих судов законным обоснованием отказа кредитору в предоставлении судебной защиты в случае, если наследника нельзя понудить к исполнению основного обязательства в судебном порядке по ст. 1175 ГК РФ. Дело в том, что до появления Постановления № 9 суды общей юрисдикции достаточно часто удовлетворяли требования кредиторов о привлечении к ответственности поручителя по долгам наследодателя за пределами стоимости наследственной массы. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ отменяла такие судебные акты, указывая на то, что суды нижестоящих инстанций неправильно применили нормы материального права. Формулировки были, как правило, такого содержания – „обязательство прекращается невозможностью исполнения, если оно вызвано обстоятельством, за которое ни одна из сторон не отвечает" (при этом следовала ссылка на п. 1 ст. 416 ГК РФ). Затем без всякого объяснения делался вывод о том, что при отсутствии или нехватке наследственного имущества кредитное обязательство прекращается невозможностью исполнения полностью или в недостающей части наследственного имущества (см.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 15 июля 2008 г. по делу № 81-808-11; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 13 января 2009 г. по делу № 5-808-146; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 1 марта 2009 г. по делу б/н; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 2 июня 2009 г. по делу б/н; Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 23 июня 2009 г. по делу б/н и т.п.).

Верховный Суд РФ, исходя из указания закона об ограничении ответственности наследника по долгам наследодателя стоимостью перешедшего к нему наследственного имущества (ст. 1175 ГК РФ), приходит к совершенно неверному выводу о прекращении самого обязательства невозможностью исполнения. Исполнение обязательства наследником предполагается в денежной форме, так как стоимость наследственного имущества может быть определена только в денежном выражении. Прекращение обязательства невозможностью исполнения не может относиться к родовым обязательствам (к ним относятся и денежные обязательства), поскольку ст. 416 ГК РФ касается только обязательств, связанных с индивидуально-определенными вещами, или, в крайнем случае, с вещами ограниченного рода (как известно –

genus non perit). Здесь имеется в виду только фактическая невозможность исполнения в случае прекращения существования индивидуально-определенной вещи (Новицкий, 1954, с. 348) или в случае тесной связи обязательства с личностью умершего (архитектор умер до составления обещанного проекта, художник до завершения картины, адвокат не провел обещанное дело) (Саватье, 1972, с. 434).

Следует обратить внимание и на неудачную формулировку п. 60 Постановления № 9, согласно которой требования кредиторов не подлежат удовлетворению за счет имущества наследников. Буквальное толкование данной позиции Верховного Суда РФ противоречит прямому указанию закона, согласно которому наследник отвечает по долгам наследодателя в пределах стоимости наследственной массы. Стоимость наследственной массы может быть определена только в денежном выражении, поэтому наследник может исполнить обязательство за счет принадлежащего ему имущества, например, заплатив долг, принадлежащими ему деньгами или путем предоставления кредитору, принадлежащего наследнику иного имущества (автомобиля, земельного участка и т.п.). Все это будет полностью соответствовать указанию закона, поскольку наследник исполнил обязанность наследодателя в пределах стоимости перешедшего к нему наследственного имущества. Для кредитора не имеет значения, кому до смерти наследодателя принадлежали уплаченные ему деньги. Такое положение закона полностью согласуется с универсальным характером наследственного правопреемства, когда после смерти наследодателя происходит с ретроактивным эффектом переход имущества наследодателя к наследнику. В этом случае происходит слияние (*confusio*) имущества наследодателя и имущества наследника. При ограничении ответственности наследника перед кредиторами наследодателя стоимостью перешедшего к нему наследственного имущества права кредиторов не будут ущемлены.

При том подходе, который предлагает Верховный Суд РФ, нарушается вся логика наследственного правоотношения. Например, после открытия наследства дом, принадлежавший наследодателю, погиб в результате пожара или ценное наследственное имущество было похищено неустановленными лицами. В соответствии с указанием Верховного Суда РФ наследник не несет ответственности по долгам наследодателя, поскольку удовлетворить требование кредиторов он может только за счет собственного имущества. Б.С. Антимонов и К.А. Граве отмечали, что в случае утраты наследственного имущества после открытия наследства, если наличного наследственного имущества будет не хватать, чтобы рассчитаться с кредиторами наследодателя, то

наследник обязан своим личным имуществом удовлетворить требования кредиторов (Антимонов и Граве, 1955, с. 249).

Относительно обеспечительных обязательств, совершенно иной позиции, позиции *favor creditoris*, предложил придерживаться Высший Арбитражный Суд РФ. В. п. 20 Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 12 июля 2012 г. № 42 о некоторых вопросах разрешения споров связанных с поручительством (далее Постановление № 42). Высшего Арбитражного Суда РФ вполне обоснованно считает, что само по себе обязательство даже за пределами стоимости наследственной массы остается и более того, „в отношениях с кредитором поручитель не вправе ссылаться на ограниченную ответственность наследников и требовать уменьшения размера своей обязанности по договору поручительства пропорционально стоимости наследственного имущества". Т.е. Высший Арбитражный Суд РФ полагает, что это обязательство может быть и далее обеспечено поручительством и поручителя можно в судебном порядке понудить к исполнению в той части обязательства или всего обязательства, стоимость которого превышает актив наследства. В интересах кредитора, которые для Высшего Арбитражного Суда РФ выступают на первый план, на поручителя возлагается исполнение обязательства при невозможности в судебном порядке получить исполнение от правопреемника основного должника. Такой подход в принципе допустим, когда и при подобных обстоятельствах кредитор может воспользоваться правом на удержание вещи должника или зачетом. И уж тем более исполнение наследником обязательства, лишенного судебной защиты, может быть обеспечено гарантиями третьих лиц (Жэстэн и Губо, 1990, с. 670–671).

3. Исторический и сравнительно-правовой анализ

Сама идея ограничения ответственности наследника по долгам наследодателя берет свое начало ещё в римском праве. Ответственность наследника *ultra vires* была связана в римском праве с особенностями структуры римской *familia*, где неограниченная ответственность наследника проистекала из признания только *pater familias* обладателем всех имущественных прав и обязанностей римской семьи. Поэтому при наследовании *sui heredes* вступали в порядке универсального правопреемства во все те правоотношения, участником которых при жизни являлся наследодатель. Логичным выводом из такого положения дел было признание наследника ответственным по всем долгам наследодателя даже за пределами стоимости наследственной массы. В редких

случаях подвластный сын мог иметь свое собственное имущество, отличное от имущества *pater familias*. С развитием римского общества, ростом имущественной самостоятельности подвластных лиц, появлением возможности призвания к наследству имущественно совершенно самостоятельных *heredes extranei* положение дел стало меняться, и наследникам было предоставлено право ограничить свою ответственность по долгам наследодателя путем совершения активных действий в виде составления *beneficium inventarii* (Володкевич и Заблоцка, 1996, с. 199–200). По истечении 30 дней с момента, когда наследник узнал о призвании к наследству, он в течение 60 дней имел право составить опись наследственного имущества. Только в пределах стоимости включенного в данную опись имущества наследник и нес ответственность по долгам наследодателя (Санфилиппо, 2002, с. 268; Дайчак, Гяро и Лонгхампс дэ Бэриэр, 2014, с. 364–366).

Отметим, что такого рода ограничение ответственности наследника по долгам наследодателя только в пределах *intra vires* была вызвана не только интересами наследника, но и интересами добросовестных кредиторов, которые должны были заявить о своих требованиях в пределах срока, предоставленного для определения наследником всех активов и пассивов унаследованного им имущества. Фактически с момента открытия наследства у кредиторов оставалось не более 60 дней, чтобы поставить наследника в известность о наличии у них права требования (Покровский, 2004, с. 525). Кроме того, кредиторы наследодателя могли потребовать установления раздельного правового режима наследственного имущества и имущества самого наследника, прибегнув к *separatio bonorum*, с тем, чтобы при слиянии наследственного имущества и имущества правопреемника кредиторы наследника не оказались в лучшем положении, чем кредиторы наследодателя (Дайчак, Гяро и Лонгхампс дэ Бэриэр, 2014, с. 366–367). Следует отметить, что в этих случаях требовалось, чтобы кредиторы наследодателя совершали активные действия в своих интересах. В противном случае они могли лишиться возможности в судебном порядке потребовать удовлетворения своих притязаний от наследника.

В русском дореволюционном праве наследник отвечал по долгам наследодателя в полном объеме, вне зависимости от стоимости перешедшего к нему имущества (Т. X ч. 1 ст. 1259) (Кассо, 1895, с. 284–286). Такой порядок основывался на общем взгляде на наследство как на совокупность прав и обязательств, оставшихся после наследодателя (Т. X ч. 1 ст. 1104; ст. 1342 Проекта Гражданского уложения). Так, Л.А. Кассо считал, что неограниченная ответственность наследника по долгам наследодателя сохраняется до сих пор в большинстве совре-

менных кодификаций только „из уважения к римскому праву" и как его неотъемлемый институт (Кассо, 1895, с. 1, 78). Вплоть до начала XIX в. в русском национальном праве, не затронутом римским взглядом на наследство, не встречается неограниченная ответственность наследника по долгам наследодателя (Кассо, 1895, с. 226). Л.А. Кассо предупреждал, что рецепция русским правом неограниченной ответственности наследника по долгам наследодателя „тем более опасна, что наше законодательство не позаимствовало *beneficium inventarii*, благодаря которому могут быть фактически устранены те суровые для наследника последствия, которые вытекают из применения римского начала (Кассо, 1895, с. I–II). „Нельзя не выразить сожаления, что наше законодательство рецепировало именно один из наиболее устарелых институтов римского права" – сожалеет Л.А. Кассо (Кассо, 1895, с. 229).

Отметим, что в современном европейском праве этот порок устранен ограничением ответственности наследников пределами стоимости унаследованного ими имущества, поэтому введение в ныне действующее российское право *beneficium inventarii* просто не имеет смысла. Только в правопорядках, полностью следующих романистической традиции, наличие *beneficium inventarii* вполне оправдано. Но всё же, это хороший пример частичного правового заимствования, которое отбросило дореволюционное русское наследственное право к эпохе до издания Юстинианом конституции 531 г. (Кассо, 1895, с. 229).

Неограниченная ответственность наследника могла негативно отразиться не только на интересах самого наследника, но и на интересах кредиторов и наследодателя, и самого наследника. Дореволюционные цивилисты высказывали сожаление по поводу отсутствия в русском праве права инвентаря или описи. Судебная практика в некоторой степени пыталась исправить такое ненормальное для современного гражданского оборота положение, признавая за кредиторами наследодателя первоочередное право по удовлетворению их требований за счет наследственного имущества (Синайский, 2002, с. 589–590; Шершеневич, 1995, с. 525). „Но соображения – по словам Г.Ф. Шершеневича – выводимые из русского законодательства, не могут быть признаны убедительными, потому что они имеют экономический, а не юридический характер" (Шершеневич, 1995, с. 526). Собственно в этих попытках мы видим некий суррогат *beneficium separationis*.

При составлении Проекта Гражданского уложения такое положение вещей вызвало обоснованную критику как догматического, так и исторического характера, поэтому в Проекте Гражданского уложения и была введена система описи наследства для ограничения ответственности наследника по долгам наследодателя (*Гражданское уложение*, 2008,

с. 241–243). Согласно ст. 1529 Проекта Гражданского уложения, „наследник, принявший наследство по описи, отвечает по обязательствам наследодателя не выше стоимости унаследованного имущества". Но по общему правилу ст. 1522 наследник, принявший наследство, „приобретает наследственное имущество с теми же правами, которые принадлежали наследодателю. На наследника переходят также все обязательства наследодателя, не прекратившиеся его смертью". Т.е. в случае отсутствия описи наследник несет неограниченную ответственность по долгам наследодателя. Добавим, что недобросовестный наследник мог утаить деньги и ценное движимое имущество, принадлежавшее наследодателю. Такая проблема хоть и в меньшей степени существовала и в советские годы. Поскольку не существовало обязанности инвентаризации наследственного имущества или его описи, то было достаточно сложно определить состав имущества и соответственно его стоимость (Гордон, 1967, с. 116–117).

Принципиальный отказ от неограниченной ответственности наследника по долгам наследодателя был закреплен в ст. 434 ГК РСФСР 1922 г и в ст.554 ГК РСФСР 1964 г., где кредиторам давалось шесть месяцев со дня принятия мер охранения наследства (1922) или открытия наследства (1964), чтобы заявить свои претензии. В случае пропуска шестимесячного срока, кредиторы утрачивают свое право требования к наследникам. Этот срок считался пресекательным, прекращающим само право кредитора.

Ограничение ответственности наследника по догам наследодателя можно встретить в большинстве современных европейских кодификаций (Франция – art. 774 *Code civil*, Италия – art. 484 *Codice civile*, Германия – § 1975 *Bürgerliches Gesetzbuch*, Польша – art. 1012 *Kodeks cywilny*).

Общим принципом французского наследственного права является неограниченная ответственность наследника по долгам (art. 724, 785 *Code Civil*; *l'héritier acceptant purement et simplement ne peut plus renoncer à la succession ni l'accepter à concurrence de l'actif net* – art. 786 *Code Civil*). Для ограничения своей ответственности наследник может принять наследство под условием составления описи наследственного имущества, правовому регулирования которой посвящены ст. 793–810 *Code Civil* (особенно см. art. 793 – *la valeur du bien fixée dans l'inventaire*). В этом случае его ответственность ограничена размером стоимости унаследованного имущества (art. 802 *Code Civil*). В случае нарушения порядка составления описи или управления описанным имуществом наследник несет ответственность и за пределами стоимости наследственного имущества. (art. 801, 803, 804 *Code Civil*).

Такого же рода нормы содержит и итальянское право, где инвентаризация наследства также приводит к ограничению ответственности наследника, принявшего наследство при условии *beneficio d'inventario* (art. 484 *Codice Civile*). Наследник в этом случае не отвечает ни перед кредиторами наследодателя, ни перед легатариями за пределами стоимости учтенного при инвентаризации имущества (*oltra il valore dei beni*) (art. 490 *Codice Civile*).

В Германии по общему правилу наследники несут неограниченную ответственность (§ 1942, 1967, 1975, 1994 *Bürgerliches Gesetzbuch*) (Кухинке и Ланге, 2001, с. 1234–1235). Исключения из этого правила предусмотрены законом, но на наследника вполне может быть возложена обязанность отвечать по долгам наследодателя за пределами стоимости наследственного имущества (*unbeschränkte Haftung des Erben*). В частности к неограниченной ответственности по обязательствам наследника можно привлечь за недобросовестное поведение при составлении инвентаризации наследственного имущества (*so haftet er für die Nachlassverbindlichkeiten unbeschränkt* – § 2005 *Bürgerliches Gesetzbuch*) (*Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 2003, с. 1414–1415).

В польском праве наследник может принять наследство (простое принятие) без ограничения своей ответственности по долгам наследодателя, тогда он будет отвечать за пределами стоимости наследственной массы, без какого-либо ограничения – *spadek bez ograniczenia odpowiedzialności za długi (przyjęcie proste)*. А может принять наследство с инвентаризацией в свою пользу, тем самым ограничив ответственность стоимостью учтенного при инвентаризации наследственного имущества (art. 1012 *Kodeks cywilny*) (Дайчак, Гяро и Лонгхампс дэ Бэриэр, 2014, с. 364–366).

4. Выводы

Для того, чтобы уяснить норму об ограничении ответственности наследника по долгам наследодателя, следует понять цель, которую преследовал законодатель, в чьих интересах он ввел это правило. Несомненно, в первую очередь в интересах наследника, а так же в интересах его кредиторов. Наследнику предоставлено право, т.е. мера возможного поведения, ограничить свою ответственность по долгам наследодателя стоимостью унаследованного актива. Принадлежащее лицу право реализуется им по своему собственному усмотрению (п. 1 ст. 9 ГК РФ) и в своем собственном интересе (п. 1 ст. 2 ГК РФ). Правило п. 1 ст. 1175 ГК РФ направлено на защиту имущественных интересов

наследника. Воспользоваться этим правилом или нет – дело самого наследника. Ни публичные интересы, ни интересы третьих лиц никак не будут нарушены, если наследник исполнит обязательство наследодателя за пределами стоимости актива наследства, за счет своего собственного имущества. Если наследник же удовлетворит требования кредиторов наследодателя за пределами наследственной массы, нарушив интересы собственных кредиторов, то кредиторы недобросовестного наследника могут оспорить эти действия, как и любые другие, совершенные с целью ухода от ответственности за неисполнение обязательств (п. 1 ст. 10 ГК РФ). Ведь уход от ответственности по долгам может быть осуществлен и другими способами, например, совершением сделок по отчуждению имущества в пользу третьих лиц, выходом из хозяйственного общества и т.п.

На наш взгляд, за пределами стоимости наследственного имущества само обязательство остается, т.е. становится натуральным. Положение об ограничении ответственности наследника по долгам наследодателя нужно понимать следующим образом – кредиторы не могут прибегнуть к юрисдикционным способам зашиты своих прав, т.е. в судебном порядке не могут понудить наследника исполнить обязательство наследодателя за пределами стоимости перешедшего к нему наследственного имущества. Именно такой позиции, в полном соответствии с основными началами гражданского законодательства, следует придерживаться всем участникам гражданских правоотношений.

Легальной дефиниции обязательств, не подлежащих судебной защите, но добровольное исполнение которых должником признается правопорядком правомерными действиями и влечет за собой соответствующие правовые последствия, в российском праве не существует. Кроме задавненных обязательств закон ещё упоминает обязательства из игр и пари, которые также не подлежат судебной защите (п. 1 ст. 1062 ГК РФ), а так же широкий круг обязательств, которым не предоставляется судебная защита на основании п. 4 ст. 1009 ГК РФ. Такого рода обязательства в российской правовой доктрине, в соответствии римской правовой традицией, принято называть „натуральными обязательствами”[1] (Мертвищев, 2014, с. 7–10)[2].

---

[1] Зарубежные правопорядки и доктрины знают гораздо большее число натуральных обязательств. К таковым относится исполнение завещательных распоряжений, содержащихся в недействительном завещании в силу „долга совести” (Морандьер, 1960, с. 519).

[2] Некоторые суды общей юрисдикции, как первой, так и апелляционной инстанции, в связи с отсутствием легальной дефиниции данного правового явления путают натуральные обязательства с исполнением обязательства в натуре, например, „заменить

Из этого следует, что в случае предъявления наследнику требований, выходящих за пределы стоимости наследственной массы, он может выдвинуть возражение, основанное на п. 1 ст. 1175 ГК РФ, и требовать освобождения от ответственности по долгам в части превышающей действительную стоимость перешедшего к нему наследства. На суд не возложена обязанность по своей собственной инициативе определять стоимость унаследованного имущества и применять правила п. 1 ст. 1175 ГК РФ. Если наследник не заявит о применении правила п. 1 ст. 1175 ГК РФ, то суд может понудить наследника к исполнению обязательства за пределами стоимости наследственной массы. В этом случае определенное процессуальное поведение лица приводит к соответствующим материально-правовым последствиям. Таким образом, требования кредиторов к наследнику за пределами стоимости наследственной массы лишаются лишь исковой защиты, но сами по себе остаются, т.е. становятся натуральными обязательствами.

Здесь ситуация наиболее близка к задавненному требованию, поскольку кредитор утрачивает право на иск в материальном смысле, т.е. лишен возможности принудительного осуществления своего права. Добровольное исполнение обязательства за пределами срока исковой давности не может быть истребовано обратно (ст. 206 ГК РФ). Нам представляется уместным привести слова О.С. Иоффе, сказанные им по поводу исковой давности, но вполне объясняющие и исполнение наследником обязательства за пределами стоимости наследственного имущества: „по истечении исковой давности утрачивается возможность принудительного осуществления субъективного права, а значит, перестает существовать и самое субъективное право. Однако последнее не исчезает бесследно: из субъективного права оно превращается в чисто фактическое отношение, которое лишено правовой значимости, но не освобождается от велений нравственного долга. Когда бывший должник производит добровольное исполнение по истечении срока исковой давности, фактическое отношение приобретает юридическую силу, оно становится юридическим фактом. Значение этого юридического факта состоит в том, что в случае присоединения к нему добровольно произведенного исполнения оба названных факта в их совокупности парализуют другой юридический факт – факт истечения давности. Поскольку же при такой ситуации факт истечения давности парализуется, вместе с тем и субъективное гражданское право счита-

---

натуральное обязательство о передаче квартиры денежным в размере 450000 руб." – Определение Судебной коллегии по гражданским делам Самарского областного суда от 11. 01. 2011 г. по делу № 33-45/2011.

ется никогда не прекращавшим своего существования" (Иоффе, 1967, с. 352–353). И.Б. Новицкий критикует такое воззрение на задавненное обязательство, считая, что материальное право все равно остается (Новицкий, 2006, с. 432–438). В любом случае исполнение обязательства, которое не может быть истребовано в судебном порядке, порождает правовые последствия, на которые направлена воля должника. Мы бы заметили здесь – парализуется факт недостаточности наследственной массы для исполнения обязательства. Исполнение обязательства при утрате права требования к должнику теперь основано на „обязательстве совести", став натуральным обязательством. При этом должник-наследник исполняет лишь то, к чему был обязан (Саватье, 1972, с. 438).

На наш взгляд, у Верховного суда РФ произошла некоторая путаница. Действительно ГК РСФСР 1922 г. и ГК РСФСР 1964 г. связывали существование права кредитора с их обязанностью предъявить свои претензии в указанный в законе шестимесячный срок (данную конструкцию следует признать весьма неудачной). Основываясь на указании ГК РСФСР 1922 г. Б.Б. Черепахин высказал мнение, что „шестимесячный срок является преклюзивным, прекращающим действие самого права". Этот срок нельзя считать сроком исковой давности, что делали в ряде случаев суды, поскольку в законе говориться именно об „утрате права требования" (Черепахин, 2001, с. 433). Такого же мнения придерживались и другие ученые (Антимонов и Граве, 1955, с. 257; Дроников, 1974, с. 143). В современной редакции ГК РФ не содержится подобных ограничений. Авторы текста Постановления № 9 спутали прекращение прав кредиторов в результате непредъявления ими своих претензий и существование права в случае превышения пассива наследства над его активом. Причем в этом случае прекращение права у кредитора происходит не из-за невозможности исполнения, а в результате прямого указания закона.

Кроме того, подход, предложенный Верховным Судом РФ, может серьезно нарушить права наследника, на защиту интересов которого направлен п. 60 Постановления № 9.

Представим себе, что наследственное имущество при его коммерческом использовании дает постоянный хороший доход и у наследника есть интерес не лишаться этого имущества путем отказа от наследства, хотя настоящие долги больше стоимости унаследованного имущества на момент открытия наследства. Ему может быть выгодно заключить с кредитором соглашение типа *pactum de non petendo* или новировать обязательство, если в наследственной массе оказалось ценное имущество, дающее постоянный доход, но в момент открытия наследства его стоимость была меньше, чем долговые обязательства наследодателя.

Наследник, не имея другого имущества для удовлетворения требований кредитора, должен будет либо отказаться от наследства, либо, если он примет наследство, на перешедшее к нему по наследству имущество может быть обращено взыскание. Наследник заинтересован в том, чтобы сохранить у себя наследственное имущество. Почему бы ему по соглашению с кредитором наследодателя не заключить указанные выше соглашения, обеспечивающие интерес кредитора? А кредитор, в свою очередь, может заключить с должником *pactum de non petendo* на определенный срок. Если же считать, что обязательство прекратилось, то никаких соглашений об обеспечении его исполнения заключить уже не возможно. Но в интересах ли это наследник и кредитора наследодателя?

Верховный Суд РФ не учитывает разнообразные жизненные ситуации, когда у наследника может быть интерес в исполнении обязательства даже за пределами стоимости наследства. Например, наследодатель Н. взял в займы у гражданина П. 1 млн. руб. сроком на пять лет. Договор займа был оформлен надлежащим образом. Наследодатель Н. имел постоянный заработок, достаточный, чтобы исполнить свое обязательство перед кредитором П. через пять лет. Вполне естественно, что в момент передачи денег должнику Н., у того не было необходимого имущества, чтобы исполнить свою обязанность перед кредитором П., но и кредитор П. и должник Н. рассчитывали на надлежащее исполнение обязанности в указанный в договоре срок. Кредитор П. знал о заработке должника Н. и что сам Н. является добросовестным участником гражданского оборота. Внезапно Н. умер, оставив после себя наследство стоимостью 500 тыс. руб. Наследник Н., его сын А., в срок указанный в договоре займа вернул П. 1 млн. руб. Какова правовая природа требования по возврату 500 тыс. руб., превышающих стоимость наследственного имущества? Передачу этих 500 тыс. нельзя признать дарением, поскольку отсутствовала *causa donandi*. Наследник А. не имел намерении одарить П., а хотел исполнить обязанность умершего Н. В данном случае наследник А. мог руководствоваться самыми разнообразными мотивами: П. и Н. были друзьями, А. много лет был знаком с П. и счел своим моральным долгом вернуть П. взятые отцом у него деньги, тем более, что П. вскоре сам заболел и оказался в очень трудном материальном положении. Или наследодатель Н. деньги потратил на нужды наследника А., поэтому А. счел справедливым вернуть сумму кредитору П. в полном объеме. Или наследнику А. было более выгодным сохранить свою репутацию перед П. как надежного и добросовестного контрагента. Или, может быть, у кредитора П. возникло неосновательное обогащение? Перед нами нату-

ральное обязательство, которое весьма схоже с задавненным обязательством. От этого обязательства, ослабленного возражением должника, остались определенные последствия, свойственные натуральному обязательству. Наиболее важным последствием такого обязательства и будет то, что исполнение наследником такого обязательства не является дарением (отсутствует *causa donandi*) или действием, лишенным основания, которое приводит к неосновательному обогащению кредитора наследодателя (Эннекцерус, 1950, с. 429–430). Поэтому следует признать, что наследник, добровольно уплативший долг даже по неведению за пределами стоимости перешедшего к нему наследства, не может требовать исполненное обратно. В этом случае натуральный кредитор имеет *jus soluti retentionis* (Барон, 2005, с. 579–580).

В связи с этим остаются открытыми вопросы – можно ли наследнику добровольно для обеспечения натурального обязательства заключить самому или каким-либо иным лицом с кредитором наследодателя соглашение о залоге, предоставить поручителя, дать обещание платежа (*constitutum debiti*)? Вслед за Ю. Бароном, который считал, что „эти акты имеют силу и не могут быть оспорены под тем предлогом, что они предполагают наличность действительного обязательства, ибо натуральное обязательство не есть недействительное, а только лишенное иска, обязательство" (Барон, 2005, с. 580), следует допустить такую возможность. Подобного рода подход можно найти в украинском наследственном праве. Согласно ст. 1281 ГК Украины, кредитор, не предъявивший наследнику требование в течение шести месяцев со дня, когда он узнал или мог узнать об открытии наследства, лишается права требования. Однако эти правила не касаются прав требования, обеспеченных залогом. В этом случае кредитор имеет право получить удовлетворение из стоимости заложенного имущества (*Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України*, 2013, с. 1086).

По нашему мнению, позиция Верховного суда РФ не может быть поддержана, поскольку противоречит основным началам гражданского законодательства – принципу дозволительной направленности гражданско-правового регулирования, принципу свободы договора, императивному указанию закона о способах прекращения обязательств, а главное перед нами совершенно недопустимое приспособление правового регулирования гражданского оборота к сиюминутным процессуальным потребностям.

Когда автор завершил данную статью в силу вступил Федеральный закон от 08. 03. 2015 № 42-ФЗ о внесении изменений в часть первую Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ФЗ № 42). Ст. 364 ГК РФ теперь дополнена п. 3: „в случае смерти должника поручитель

по этому обязательству не может ссылаться на ограниченную ответственность наследников должника по долгам наследодателя" (п. 1 ст. 1175)". Как мы видим, законодатель поддержал позицию Высшего Арбитражного Суда РФ. Теперь толкование нормы ст. 1175 ГК РФ, данное Верховным Судом РФ, не соответствует буквальному положению п. 3 ст. 364 ГК РФ, т.е. толкование, предложенное Верховным Судом в п. 62 Постановления № 9, не может применяться для ограничения ответственности поручителя по долгам наследодателя только пределами стоимости наследственной массы. Наследники поручителя, в соответствии с логическим толкованием п. 3 ст. 364 ГК РФ, также должны отвечать без какого-либо ограничения по поручительству, данному наследодателем.

В таком случае и толкование судьбы обязательств за пределами стоимости наследственной массы, данное в п. 60 Постановления № 9 – „обязательства по долгам наследодателя прекращаются невозможностью исполнения полностью или в недостающей части наследственного имущества" (п. 1 ст. 416 ГК РФ), следует считать не соответствующими закону. Разъяснения в этой части не должны приниматься во внимание при применении нормы п. 1 ст. 1175 ГК РФ, поскольку и в п. 62 Постановления № 9 освобождение поручителя от ответственности связывается с ошибочным мнением Верховного Суда РФ о прекращении самого обеспеченного поручительством обязательства за пределами актива наследства. Таким образом в силу прямого указания закона обязательство за пределами стоимости наследственной массы не прекращается, а продолжает существовать как натуральное обязательство.

Биографическая аннотация:

кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права юридического факультета Санкт-Петербургского государственного университета.

Литература

Антимонов, Б., Граве К. (1955). *Советское наследственное право*. Москва: Госюриздат.

Барон, Ю. (2005). *Система римского гражданского права*. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс.

Володкевич, В., Заблоцка, М. (1996). *Prawo rzymskie. Instytucje*. Варшава: Ц.Х. Бек.

Жэстэн, Ж., Губо, Ж. (1990). *Traité de droit civil. Introduction générale*. Париж: L.G.D.J.

Гордон, М. (1967). *Наследование по закону и по завещанию*. Москва: Юридическая литература.

Гражданское уложение. Кн. 4. Наследственное право: проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии). (2008). И. Тютрюмов (ред.). Москва: Волтерс Клувер.

Дайчак, В., Гяро, Т., Лонгхампс дэ Бэриэр Ф. (2014). *Prawo rzymskie i podstaw prywatnego*. Варшава: Выдавництво Науковэ ПВН.

Науково-практичний коментар Цивільного кодексу України. Том II. (2013). Дзера, О., Кузнецова, Н., Луць, В. (ред.). Киев.

Дроников, В. (1974). *Наследственное право Украинской ССР*. Киев.

Иоффе, О. (1967). *Советское гражданское право*. Москва: Юридическая литература.

Кассо, Л. (1895). *Преемство наследника в обязательствах наследодателя*. Юрьев: Тип. К. Маттисена.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. (2003). Том 3. Мюнхен.

Кухинке, К., Ланге, Х. (2001). *Erbrecht*. Мюнхен: Ц.Х. Бек.

Мертвищев, А. (2014). *Натуральные обязательства в российском гражданском праве*. Москва: Проспект.

Морандьер, Л., де ла (1960). *Гражданское право Франции*. Москва: Издательство иностранной литературы.

Новицкий, И. (2006). *Сделки. Исковая давность. Избранные труды по гражданскому праву. Т. I*. Москва: Статут.

Новицкий, И., Лунц Л. (1954). *Общее учение об обязательствах*. Москва: Госюриздат.

Покровский, И. (2004). *История римского права*. Москва: Статут.

Рассказова, Н. (2012). Анализ отдельных положений Постановления Пленума Верховного суда по вопросам наследования. *Московский юрист*, (3/7).

Саватье, Р. (1972). *Теория обязательств*. Москва: Прогресс.

Санфилиппо, Ч. (2002). *Курс римского частного права*. Москва: БЕК.

Серебровский, В. (2003). Очерки советского наследственного права. *Избранные труды по наследственному и страховому праву*. Москва: Статут.

Синайский, В. (2002). *Русское гражданское право*. Москва: Статут.

Тютрюмов. И. (2008). *Гражданское уложение. Кн. 4. Наследственное право: проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения (с объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии)*. Москва: Волтерс Клувер.

Черепахин, Б. (2001). *Правопреемство по советскому гражданскому праву. Труды по гражданскому праву*. Москва: Госюриздат.

Шершеневич, Г. (1995). *Учебник русского гражданского права*. Москва: Спарк.

Эннекцерус, Л. (1950). *Курс германского гражданского права. Том I. Полутом 2. Введение и общая часть*. Москва: Издательство иностранной литературы.

Granice odpowiedzialności spadkobiercy za długi spadkodawcy w rosyjskim prawie cywilnym

Streszczenie

Zakres odpowiedzialności spadkobiercy za długi spadkodawcy w Federacji Rosyjskiej wyznacza wartość aktywów majątku spadkowego, w związku z czym wierzyciele spadkodawcy mogą żądać od spadkobiercy zaspokojenia swoich roszczeń je-

dynie w granicach wartości masy spadkowej. W przypadku, gdy masa spadkowa nie ma żadnej wartości lub wartość ta nie wystarcza do wypełnienia zobowiązań spadkodawcy, wierzyciele nie mogą domagać się zaspokojenia swoich roszczeń z osobistych majątków spadkobierców. Jednakże, jak trafnie zauważa Najwyższy Sąd Arbitrażowy FR, brak możliwości dochodzenia wykonania zobowiązań nie oznacza, iż zobowiązania te wygasają, lecz że stają się naturalnymi. Aprobata ustawodawcy dla takiego stanowiska znalazła wyraz w obowiązującej od niedawna ustawie nr 42-FZ z 8.03.2015 r. o zmianie części pierwszej kodeksu cywilnego Federacji Rosyjskiej, zgodnie z którą zobowiązanie w części przewyższającej wartość masy spadkowej nie wygasa, ale przekształca się w zobowiązanie naturalne.

Słowa kluczowe: spadkobranie, majątek, odpowiedzialność spadkobiercy, charakter zobowiązań, spełnienie długu.

KORNEL SADOWSKI

Ownership and protection of monuments. Collision between a property right and provisions on the protection of monuments

Własność i ochrona zabytków. Kolizja między prawem własności a przepisami z zakresu ochrony zabytków

Summary

This paper focuses on ownership restrictions as a result of the law on the protection of monuments. The author points to the practical consequences of this problem and the importance of a constitutional guarantee of the protection of property formulated in Poland and in Germany, in Article 64 of the Polish Constitution and Article 77 of the German Grundgesetz, respectively.

The starting point for the discussion is a definition of monument, and in particular, the definition of a stationary monument functioning in Polish law in accordance with the Act of 23 July 2003 on the protection and conservation of monuments. This is followed by an attempt to identify a uniform German definition of this term. Due to regulations concerning the protection of monuments by law of federal lands in Germany, the author refers to the legal definition from Brandenburg expressed in the Act: Gesetz über den Schutz und die Pflege der Denkmale im Land Brandenburg of 24 May 2004.

The paper discusses the content of the law on ownership in light of the traditional triad of ownership rights and its consequences. Individual legal institutions related to the law on the protection of monuments that influence the restrictions of exercising the ownership right by an owner of a historical, protected item, its use are identified and relevant institutions of the German and Polish law that influence the restriction of possession, restriction of usage, restriction of the use of protected items, including expropriation are listed. A special focus is put on substitute performance which despite its apparent effectiveness, is used to a limited extent in practice.

In the conclusions it is stressed that protection of monuments as an important element of preserving cultural heritage has been properly implemented, even if the necessity to restrict the ownership rights that it entails is unavoidable. However, Constitutions of both states, define acceptable limits of interference into the ownership right.

Key words: ownership, limitation of ownership, protection of historical monuments.

1. Introduction to the topic

The collision between ownership and monument protection is a problem which is especially important in practice. It often happens that as a result of the obligations arising from monument protection, owners have a certain feeling of injustice. This has a negative impact on the authority of, and confidence in the state. The legislator is faced here with an important decision, having to determine the boundary between monument and ownership protection. Is ownership really so sacred, and how important is the protection of monuments and of cultural heritage in general?

This problem touches upon so many areas and such a wide range of topics that not all their aspects can be analysed here. Above all, there is a question of real-estate monument protection that will be researched and discussed in the German-Polish context. In the context of property law, the question about the limitations in ownership rights which stem from monument protection is particularly important.

First, the concept of a monument should be defined as laid down in the German and Polish legal systems, followed by the content of the ownership right. Then, the existing legal institutions established to ensure individual monument protection and limiting the exercise of the ownership right will be presented.

2. The definition of a monument in the German and Polish legal systems

2.1. The term "monument" in Germany (Brandenburg)

In Germany there is no single term for a monument (Martin et al., 2008, § 2, p. 63), because the law concerning monuments is governed separately by state laws. However, there have been attempts in the literature attempts to create such a definition. There is a general concept in relevant acts of law of various states of the term „monument" (as in: Brandenburg Monument Protection Act of 24 May 2004 (BbgDSchG) – Law on the Protection and Care of Monuments in Brandenburg) and the „cultural heritage" (for example in Hesse Law for the Protection of Cultural Heritage in the version dated 5 September 1986). The definition of monuments separates them from nature and natural monuments. Other terms, such as "archaeological monument", "construction monument" or "art monument" are vague legal terms, and they have no legal definition (Martin et al., 2008, § 2, p. 63). The term "construction monument", a special kind of a monument, is constued in German literature dealing with laws on monument protection in individual federal states as a structure, or its part, that is worthy of protection under aspects of monument protection law (Nöth, 1999, p. 12).

In order to compare the Polish and German legal systems in this respect, it is necessary to select one of the sixteen state laws governing monument protection. For the purpose of this work, and because of its geographical location, I have selected the state of Brandenburg. Monument protection in Brandenburg is provided for in the Act on the Protection and Care of Monuments in Brandenburg of 24 May 2004.

The legal definition of a monument can be found in § 2 paragraph 2 No. 1 BbgDSchG. It provides that monuments are „assets whose preservation is in the interest of the public because of their historical, scientific, technical, artistic, urban or folkloric significance". The definition of a monument that is relevant for this article is contained in § 2 paragraph 2 No. 1 BbgDSchG. From this definition, it follows that the term "construction monument" does not automatically inlclude the terms of garden monuments and the inventory of these monuments.

It should be noted that only assets defined by the Civil Code (§ 90 BGB) are capable of being monuments (1 BbgDSchG § 2 Abs. *in principio*). They can therefore only be physical objects. Battlefields (places), *res extra commercium* (corpses and body parts) do not fall within this definition (Martin et al., 2008, § 2, p. 64). It is important to point out that according to § 2 paragraph 1–2, No. 4 BbgDSchG, the scope is restricted to sources and evidence

of human history. The history of the Earth is not part of this history (Martin et al., 2008, § 2, p. 64). Monuments also include embankments and excavations (this is due to the connection of the term „construction monument" with the definition of a physical structure in § 2 BbgBO (Brandenburg Building Code, as amended by Bakantmachung of 17 September 2008)).

2.2. The concept of a monument according to Polish law

In the Polish Act on Monument Protection and Care of 23 July 2003, there is a legal definition of a monument and a construction monument. According to this regulation, a monument is a structure that is considered to be the work of man or a result of his work and witness to a past era or a past event, and whose preservation is in the public interest because of its historical, artistic or scientific value (The Monument Protection and Care Act, Art. 3 item 1 and 2).

In addition, the Act on Monument Protection and Care contains an exemplary list – that can be expanded more precisely – of monuments that are under monument protection (The Monument Protection and Care Act, Art. 6). In the literature, this provision is also recognised as a clarification of the definition of a monument (Golat, 2004, Art. 6, p. 27).

Interestingly, the definitions of monuments in the post-war period under the Law on Protection of Cultural Heritage and Museums included only cultural heritage that had been entered into the list of monuments. An exception were objects whose monumental character was quite clear (Soldani and Jankowski, 2004, p. 15).

The core of the definition in both legal systems is similar. The element that distinguishes the Polish definition from the German one, namely the fact that a structure needs to be the work of a man, is not mentioned in the German definition but it is obvious that constructions can only be created by people.

Despite various formulations, both the Polish and the German legislation, provide for the protection of the same types of objects.

3. Content of the ownership right in Germany and Poland

In order to analyse the limitations that are introduced by the protection law in the exercise of ownership rights, the content of the ownership law must first be considered.

Both Polish and German rules refer to the traditional structure of the three elements of the owner authorisation.

3.1. Ius possidendi

Ius possidendi means the permission to possess. Possession is defined as physical control, i.e. the actual power of a person over an asset (Vieweg and Werner, 2013, § 2 paragraph 1) and as a self-possession (Kidyba, 2012, Art. 140) within the meaning of § 872 BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch*) and Art. 336 of the Polish Civil Code. The right to possess is a natural feature of ownership (Gniewek, 2001, Art. 140). It finds its reflection in several provisions, e.g. in the surrender claim (§ 985 of the BGB and Art. 222 § 1 of the Civil Code). Ownership is an actual requirement for the use of the value in use of the goods by the owner (Dybowski, 1969, p. 79).

3.2. Ius utendi fruendi abudendi

This component of the ownership right can be divided into three elements. The first, *ius utendi* means the right to use the asset. The second, *ius fruendi fruit,* involves using the advantages it gives. The last element, that is particularly significant in relation to monument protection law, is *ius abudendi*, i.e. the right to consume the asset or to process it (see: Gniewek, 2001, Art. 140, 3.1).

3.3. Ius disponendi

Ius disponendi, the last of the three components of the content of the ownership right is the right to dispose of the asset. The authorisation to dispose of the asset is the ability to enter into transactions concerning it, and it allows the owner to realise the value of the said property in the economic sense (Dybowski, 1969, p. 82).

3.4. Allowed limitations

Art. 64 VerfRP determines the limits of the protection of the ownership right, other rights in property and the protection of the inheritance right. As provided in its paragraph 3, the ownership may be restricted solely as a result of an act of law (made by legislative bodies) and only to the extent that the nature of the ownership right is not violated. The provision introduces two criteria allowing such restrictions. The formal criterion concerns the possibility of limiting the ownership right solely as a result of the law.

The material criterion describes the scope of the restriction, i.e. the nature of the ownership right. The limits of the legal, statutory intervention in the constitutionally protected rights and freedoms (provided for in the Article 31, paragraph 3 of the Polish Constitution) also apply to the ownership right and its limitations (Zubík, 2008, p. 327).

The above rights of the owner are subject to various restrictions. They can be principles of social coexistence (Art. 145 PCC). However, the limitations also include specific requirements of various areas of law. These are mainly geological law, nature conservation law, water protection law and mining law. A special and important type of law is the monument protection law.

4. Limitations of ownership right by conservation

Monuments, and construction monuments in particular, are an important part of cultural heritage. Responsibility for their preservation and their care is an important part of national identity, and for this reason it should rest not only on competent state bodies but also on conscious or responsible citizens. In this context, legislators have decided to charge with such duties not only competent authorities by giving them appropriate authorisations, but also the owners of monuments by imposing certain obligations on them. Such duties are realised in the form of limitations of the owners' rights. The above-discussed content of the ownership right is restricted by various legislative decisions.

4.1. Restrictions in German law under monument protection law

Today, many citizens worry about the cultural heritage and monuments of their own history. For this reason, the care and preservation of monuments is greatly appreciated and all measures taken to protect the monuments are welcome. Expectations towards the owners, investors and authorities are growing because the identity of peoples associated with cultural monuments is a testimony to how people are nursing their own history.

Of course, the theory and practice related to the above are not easy to reconcile. There are often discrepancies between opinions on the subject of monument protection, particularly in relation to the practical implementation of relevant provisions. Discussions with those charged with the obligation of protection, including owners of historic buildings are mainly around the question of the rights and duties towards relevant authorities.

4.1.1. General Remarks

In Germany, monument protection legislation belongs to the competences of the states (Constitution of the Federal Republic of Germany of 23 May 1949 – Grundgesetz; Art. 77). Consequently, in this paper, legal requirements of indivitual state (lands) in this scope will be examined. Futher reflections will be made basing on the legislation of Brandenburg. Where necessary, references will be made to the legislation of other states.

In the Brandenburg act BbgDSchG the following instruments are provided, which can be qualified as an interference in the legal position of an owner: the prohibition of use and the prohbition of expropriation.

Owners are obliged to follow only certain rules, which in turn means that they may not make any changes to the substance of the building without obtaining appropriate permits (BbgDSchG, § 20). The Constitution guarantees the protection of ownership (Grundgesetz, Art. 14). If the owner wants to make changes, he becomes subject to permit procedures (Martin et al., 2008, § 20, p. 227) in which, the economic benefit or the subjective will of the owner is optimised. It is clear, however, that specific monument protection provisions may affect the ownership right which is protected by the Constitution (Article 14 of the Constitution provides for ownership restrictions: GG, Art. 14, paragraph 2).

It is important to note that it has been confirmed by the Federal Constitutional Court several times that all requirements deriving from Art. 14 of the GG are met in all acts on monument protection. The content and the limits of ownership must be determined according to these requirements (Seehausen, 2008, p. 23).

All monument protection laws emphasise the duty of the private owner to maintain his property in proper condition. However, this duty is limited to the reasonable extent (Seehausen, 2008, p. 23). Each individual case must be examined separately, and it is to be decided upon accordingly. If it is not possible to preserve the cultural monument or its individual elements, the desire of the owner for a change or demolition of the monument must be taken into account.

It is important to emphasise that all laws on conservation are directed primarily towards private individuals (e.g. explorer, persons having the right of disposal) (BbgDSchG, § 11 paragraph 2). On the one hand, the owner has the obligation to maintain his objects and to take care of them. On the other, he should get appropriate approval for planned fixes and changes (Martin, 2010, B, Rn. 7).

The obligations of the owner in terms of conservation are divided into two groups. The first duty requires that no actions are taken to damage or

destroy the monument. The other involves taking or failing to take actions. The aim is to ensure the substantive legal duty, so-called monument compatibility. The spectrum of preservation obligation arises from the context of the provisions of the Act. Each individual case must be determined and examined separately according to legislation, and assigned to the appropriate category (Martin, 2010, G, Rn. 5).

In discussions on problems with the preservation law, expenses associated with the intervention in the substance of archaeological and construction monuments must be taken into account. The cost of undertaken activities and measures is borne mainly by the investor (Martin, 2002, Kz. 93.51). The investors do not necessarily equate to the owners. Monument protecttion authorities are not burdened with these costs. The same applies in the case of public sector measures, e.g. during road construction (BayVBl, 2001, 289 et seq.).

4.1.2. Usage ban

The ban prohibits the use of a right if the owner cannot be completely deprived of such a right, and in Brandenburg it is provided for in § 73 BbgBO. Art. 5 BayDSchG deals with these problems comprehensively. Pursuant to this, the monuments are to be used for their original intended use, or the original use and an equivalent use should be in the foreground. A usage that preserves the monument in the long run is the main concern. If multiple uses exist, then a manner of use should be pursued that has the least negative impact on the monument. Sometimes, though not often, the owner may be required to opt for a particular use (NVwZ, 2002, 1054 et seq.).

4.1.3. Expropriation

Expropriation under § 23 BbgDSchG refers to a deprivation of the whole or a part of the ownership right. This can also apply to a quasi-ownership legal position and it is performed as a sovereign act. It causes its transfer to a third party. This form of expropriation is called classic expropriation. According to the Constitutional Court, the introduction of this obligation is equivalent to the requirement to obtain a legal authorisation or permit, or if the permit is not given – no expropriation is possible. In other regulations, only the content and limits of ownership are determined according to Art. 14 paragraph 1 Grundgesetz. It also applies to cases in which the impact on the person concerned is very similar to that of an expropriation or equate to it. For this reason, *iunctim* clauses are important for the actual dispossession, and not for a compensation claim (Martin et al., 2008, § 23, p. 244).

There are also some other methods of expropriation. Instead of ownership deprivation, and due to the principle of adequacy, checks are performed to fdetermine whether imposition of a contractural obligation would not be sufficient. This may mean, for example, public access. Another method would be the imposition of an easement (Martin et al., 2008, § 23, p. 245).

4.1.4. Conclusion

As it follows from this analysis, munuments in Brandenburg are highly protected. The rights of the owner are significantly impaired. However, ownership restrictions are necessary, and the described legal institutions guarantee an effective protection of cultural heritage. It may be thus concluded that legislation limits the rights of the owner in a reasonable way.

4.2. Restrictions in Polsih law under monument protection law

4.2.1. General Remarks

Restrictions in ownership can be introduced relying on private law as well as public law. In private law it would be based on the need to protect other legal entities, in public law, especially in administrative law, however, the goal is to protect the public interest (Golat, 2004, Art. 5, p. 25). However, the said restrictions must be constitutional. In this regard, the provisions of Art. 31 paragraph 3 and Art. 64, paragraph 3 of the Polish Constitution are particularly important. From this perspective, the Monument Protection and Care Act influences the exercise of ownership for a number of reasons (Młynarska-Sobaczewska, 2011, p. 190).

There is no doubt that the ownership of monuments, and in particular the ownership of immovable monuments, is permanently restricted. The problem with the legal authorisation for the introduction of restrictions as such raises no doubts. The restriction of ownership of an immovable monument is based mostly not on a specific *ex lege* case, but on an act of local law, or an individual administrative act which is introduced and made for the purpose of applying the provisions of this act and specifies the addressee of the duty. In the literature there are views that the structure of the right of ownership in relation to private ownership of a monument is not an appropriate legal instrument, and a better substitute would be a legal title in respect of the monument that would be close to the institution of a trust, and in its essence would assume the intended use of the monument (Drela, 2010, p. 162).

4.2.2. Duty to tolerate the studies and research work

First, the ownership right to a monument which has been registered in the monument register, is limited. According to Article 29 of the Monument Protection and Care Act, the conservation authorities may carry out studies and research work on it (Cherka, 2010, Art. 29). If no agreement can be reached with the owner regarding the date or the form of the work, the authorities may issue an administrative act to make the monument available for the time of investigation or research. Moreover, according to Article 30 of the Monument Protection and Care Act such investigation or research may be carried out by the party wishing to conduct studies and research. The owner is also obliged to make the monument available to such a party (Cherka, 2010, Art. 30).

4.2.3. Deprivation of possession

Art. 50 paragraphs 1–3 of the Monument Protection and Care Act provides for the possibility of depriving the owner of the possession of a monument. This can be done by way of an administrative act ordering to secure the monument by temporary seizure (Młynarska-Sobaczewska, 2011, p. 191). The immovable monument can be expropriated in favour of the Treasury or the municipality and this is provided for in Art. 50 paragraph 4 of the Monument Protection and Care Act (Golat, 2004, Art. 50, p. 92).

4.2.4. Restriction of the right of use

The owner of a monument is also limited to a large extent in his right to use the asset, to draw benefits out of it, to process and to consume it. Art. 5 of the Monument Protection and Care Act requires the owner to perform several actions. He has to create conditions that will allow study or research the monument and make documentation, perform conservation and maintenance of the monument, as well as restoration and construction work. In addition, he is obliged to use the monument in such a way as to ensure its long-term preservation (Golat, 2004, Art. 5, p. 25). The said restrictions are to a large extent a burden on the use of the asset from the point of view of civil law. For real estate, these limitations are especially significant because they involve additional expenses.

4.2.5. Restriction of the right of disposal (in particular substitute performance)

The authorisation of the owner to consume or destroy the asset is completely excluded. This authorisation, resulting from the content of the concept of ownership is completely withdrawn from the owner to that extent. This condition arises from the provision of Article 110 of the Monument Protection and Care Act. The responsibility of the owner also extends on the destruction of the asset that results from the omission of preservation work (Golat, 2004, Art. 110, p. 196).

In addition, the owner of a monument has a duty to supply information. He is also obliged to inform the provincial conservation office of any damage, destruction, loss or theft, change in the storage location and changes to the legal status of the monument. Such information is, in the event of damage, destruction, loss or theft to be made available immediately after an owner has become aware of such an event. In the case of a change in the storage location, a period of a month after the occurrence of the change is considered to be the deadline. In the case of a change in the legal status of the asset, such information must be supplied within one month after its occurrence or from the date when an owner has learnt thereof (Młynarska-Sobaczewska, 2011, p. 193).

In the context of the restriction of ownership, the substitute performance provisions are noteworthy, as provided for in Article 49 of the Monument Protection and Care Act. A substitute performance occurs if the recipient of an order does not perform the ordered activities or fails to have completed them by a specified date. The requirement of the Treasury flowing from the substitute performance is secured with a lien on the property to which the substitute performance relates. If a claim is not collected or its collection would cause a major drawback to the owner, the provincial governor may waive the claim with the consent of the chief monument conservation officer (Cherka, 2010, Art. 49). It is surprising – as shown in the research by Michał Dębowski – that the substitute performance provision is regularly applied only by two conservation authorities (Szczecin and Opole) (Dębowski, 2014).

4.2.6. Expropriation of the monument

Expropriation is provided for in Article 50 paragraph 4 point 2 of the Monument Protection and Care Act. It involves deprivation of ownership and differs from the deprivation of possession because here the owner completely loses his legal relationship with the asset. The form of constitutional control is provided in Article. 21 paragraph 2 of the Polish Constitution

which recognises the expropriation as an institution of public law which means a forced deprivation of property in favour of the Treasury or another subject of public law. The Constitution reserves the term "expropriation" for individual acts that are carried out to deprive an owner of ownership for public purposes. Such an act must always be compensated. The compensation should be equivalent, that is, it shall give the owner the ability to recover the lost asset. This norm is equivalent to a constitutional norm. It is also relevant to the protection of the status of an individual in the state and important for the organisation of political life in the state (Zubík, 2008, p. 135).

4.2.7. Conclusions

When evaluating Polish regulations, it must be observed that one can understand the broad scope of the obligations of the owner in the situation when the owner uses a property in a way intended by him. However, it is hard to understand why all these obligations, including activities to protect the monument are paid for by the owner, although they can be covered by public funds that should be provided to protect the public interest in terms of the preservation of cultural heritage.

5. Summary

There is no doubt that monument protection is consistent with the public interest to ensure public access and the appropriate protection of elements of culture and cultural heritage.

Thus, there is a significant and constitutionally legitimate reason for the introduction of certain restrictions in the exercise of ownership in relation to an asset that is considered to be a monument both in Germany and in Poland. Such a monument is an asset that is worthy of care and protection because of its artistic, historical or scientific value. However, no situation is acceptable in which the only entity obligated for its preservation in an appropriate state is the owner. Moreover, a regulation, according to which as a result of an administrative act, ownership is limited to such a high degree without any compensation, should be evaluated as negative.

Biographical reference:

Author is a student of law (Polish and German) at the Adam Mickiewicz University in Poznań and the European University Viadrina in Frankfurt Oder.

References

Cherka, M. (2010). *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad Zabytkami. Komentarz*. LEX/el.

Dębowski, M. (2014). *Wykonanie zastępcze przy zagrożonym zniszczeniem zabytku nieruchomym na przykładzie doświadczeń Wojewódzkiego Urzędu Ochrony Zabytków w Szczecinie*. Paper read at: Prawo a ochrona dobr kultury. Kraków.

Drela, M. (2010). Formy ochrony zabytków a wyrównanie szkody doznanej przez właściciela nieruchomości. In: T. Gardocka (ed.), *Prawna ochrona zabytków,* (159–178). Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.

Dybowski, T. (1969). *Ochrona własności w polskim prawie cywilnym.* Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze.

Gniewek, E. (2001). *Kodeks Cywilny. Księga druga. Własność i inne Prawa rzeczowe. Komentarz*. Kraków: Wolters Kluwer Polska SA.

Golat, R. (2004). *Ustawa o ochronie zabytków i opiece nad Zabytkami. Komentarz*. Kraków: Zakamycze.

Kidyba, A. (ed.) (2012). *Kodeks Cywilny. Komentarz. Własność i inne Prawa rzeczowe.* Warszawa: LEX a Wolters Kluwer business.

Martin, D. (ed.) (2002). *Conservation, historic preservation, heritage management: Manual: Legal basis – monument professional principles – Organization – Method -Cost and financing*. Kronach: Link.

Martin, D. (2008). The responsibility of the owner for his monument. In: U. Battistelli (ed.), *Sustainable Urban and Regional Development: Festschrift for Michael Herb Berger for his 65th birthday,* (317–330). München: C.H. Beck.

Martin, D. (2010). *Manual preservation and conservation*. München: C.H. Beck.

Martin, D., Mieth, S., Graf, J., Sautter, V., (2008). *Brandenburg Monument Protection Act. Comment.* Wiesbaden: municipal and school-Verlag.

Młynarska-Sobaczewska, A. (2011). Ochrona zabytków jako ograniczenie Prawa własności rzeczy zabytkowej. Uwagi na tle orzeczenia ETPC w Polsce sprawie Połomscy przeciwko z dnia 29 marca 2011 r. *Przegląd Prawa konstytucyjnego*, 2, 187–205.

Nöth, A. (1999). *Government funding of listed buildings*. München: Shaker Verlag.

Seehausen, K. (2008). Conservation Legal reasonableness. Rights of the owners of cultural monuments. *The wooden nail*, 2, 22–31.

Soldani, A., Jankowski, D. (2004). *Zabytki. Ochrona i Opieka. Praktyczny komentarz do Nowej ustawy*. Zielona Góra: Zachodnie Centrum Organizacji.

Vieweg, K., Werner, A. (2013). *Property law*. Münschen: Vahlen.

Zubík, M. (2008). *Konstytucja III RP w tezach orzeczniczych Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*. Warszawa: C.H. Beck.

Własność i ochrona zabytków. Kolizja między prawem własności a przepisami z zakresu ochrony zabytków

Streszczenie

Artykuł dotyczy problematyki ograniczenia prawa własności przez prawo ochrony zabytków. Autor podkreśla doniosłość praktyczną tego zagadnienia oraz wagę konstytucyjnej gwarancji ochrony własności, wyrażoną w Polsce i w Niemczech odpowiednio w art. 64 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i art. 77 *Grundgesetz*.

Punktem wyjścia rozważań jest definicja zabytku, w szczególności zabytku nieruchomego w prawie polskim (zgodnie z ustawą z 23 lipca 2003 r. o ochronie zabytków i opiece nad zabytkami) oraz próba odnalezienienia jednolitej niemieckiej definicji tego pojęcia. Ze względu na specyfikę regulacji prawnej kwestii ochrony zabytków w prawie krajów związkowych, autor odwołuje się do defnicji legalnej z Brandenburgii wyrażonej w *Gesetz über den Schutz und die Pflege der Denkmale im Land Brandenburg* z 24 maja 2004 r.

W pracy omówiono treść prawa własności, zgodnie z tradycyjną triadą uprawnień właścicielskich, oraz związek tego zagadnienia z omawianą problematyką. Wskazano również na poszczególne instytucje prawa ochrony zabytków mające wpływ na ograniczenie wykonywania prawa własności przez właściciela rzeczy zabytkowej. Wyszczególniono instytucje prawa niemieckiego i polskiego wypływające na ograniczenie posiadania, użytkowania i dysponowania rzeczą oraz, w końcu, na instytucję wywłaszczenia. W odniesieniu do ostatniego elementu autor szczególną uwagę poświęcił instytucji wykonania zastępczego, która tylko w wąskim zakresie stosowana jest w praktyce.

W podsumowaniu podkreślono, że ochronę zabytków, jako istotnego elementu dla zachowania dziedzictwa kulturowego, należy ocenić jako należytą, a konieczność ograniczania uprawnień właścicielskich, jakie za sobą pociąga, jest nieunikniona.

Słowa kluczowe: prawo własności, ograniczenia prawa własności, ochrona zabytków historycznych.

ЕВГЕНИЙ САВЧУК

Научный вклад Агаркова М.М. в исследование ценных бумаг

Wkład naukowy M.M. Agarkowa w badania nad papierami wartościowymi

Резюме

В данной статье рассматривается научный вклад Агаркова М.М. в области гражданского права, а точнее в области ценных бумаг. В современном мире все больший вес приобретают ценные бумаги, которые активно способствуют развитию рыночной экономики. Московская фондовая биржа, NASDAQ, NYSE и др. фондовые биржи являются огромными центрами капитализации акций и др. ценных бумаг. Например, NYSE (Нью-Йоркская фондовая биржа) – это символ финансового могущества США и финансовой индустрии вообще. Все это повлияло на написание данной статьи, где рассматривается существующая классификации ценных бумаг и предлагается ее дополнить.

Удивительно, что *Учение о ценных бумагах* Агаркова М.М. было написано еще в 1927 году, но оно до сих пор актуально и не утратило своей практической ценности. Агарков М.М. не соглашался с классификацией ценных бумаг на основании способа обозначения субъекта права. Он предлагал использовать критерий „способа легитимации держателя бумаги в качестве субъекта выраженного в ней права" и на основании этого выделял четвертую группу ценных бумаг – обыкновенные именные ценные бумаги. Чем они характеризуются и какими обладают признаками, рассмотрено в данной статье.

Ключевые слова: ценные бумаги, на предъявителя, ордерные, именные, обыкновенные именные ценные бумаги.

1. Научные труды и исследования М.М. Агаркова

Агарков М.М. действительно являлся гением своего времени в области гражданского права. О нем писали многие цивилисты нашей страны. В частности Р.О. Халфина в одной из своих статей выражает мнение, что к творчеству М.М. Агаркова в полной мере относятся слова, сказанные при появлении небольшой книжки стихотворений Тютчева: „Но книга маленькая эта томов премногих тяжелей" (Халфина, 1978). Действительно, к работам Михаила Михайловича подходит, может быть, избитое, но точное сравнение с айсбергом: „девять десятых материала скрыты „под водой", переработаны, переосмыслены автором. И только одна десятая (а возможно, и меньше) доводится до читателя. Автор не показывает эскизов, планов, строительных лесов. Перед читателем завершенное, выстроенное, готовое здание" (Халфина, 1978). М.М. Агарков разработал теорию динамической правоспособности и тесно связанную с ней проблему обоснования секундарных прав. Занимался разработкой теории гражданско-правовых сделок и гражданско-правовой ответственности. Ряд работ посвящён сложнейшим проблемам цивилистики: злоупотреблению правом, понятию сделки, праву на имя, предмету и системе гражданского права, понятию и видам ценных бумаг, договорной ответственности, вопросу убытков в международном праве и др. Все работы профессора Агаркова отличают всесторонняя переработка и юридический анализ огромного по объёму фактического материала, убедительность и логичность аргументации, системность изложения материала.

В работах М.М. Агарков обращал своё внимание на ряд дискуссионных и малоисследованных вопросов в области гражданского права. Так, исследуя институт ценных бумаг, он делает вывод о необходимости рассмотрения основных вопросов теории ценных бумаг с точки зрения распределения рисков, порождаемых обращением этих бумаг и осуществлением прав, в них выраженных.

2. Труды в области ценных бумаг

2.1. Классификация ценных бумаг

В своей книге *Учение о ценных бумагах*, написанной еще в 1927 г., он дает анализ разделению ценных бумаг на бумаги на предъявителя ордерные и именные и считает, несмотря на традиционный характер

этой классификации, основание ее нельзя считать вполне выясненным (Агарков, 1927).

Прежде всего, хотелось поговорить о самих ценных бумагах и их основных чертах и характеристиках. Ценные бумаги – это документы, в которых зафиксированы определенные имущественные права или обязательственные. Иначе говоря, только наличие ценной бумаги делает ее владельца лицом, управомоченным по закрепленному в ней праву, в том числе управомоченным на передачу (отчуждение) этого права третьим лицам. Именно в этом состоит юридический смысл ценной бумаги как „овеществленного права", к передаче которого применяются нормы о передаче вещей, а не об уступке прав.

Во-первых, ценная бумага удостоверяет определенное субъективное гражданское право, а именно: право требования, вещное право или право членства в корпорации. Удостоверенное ценной бумагой право нужно отличать от права на бумагу как телесную вещь, в качестве которого чаще всего выступает право собственности (Сергеев, 2012).

Во-вторых, для того, чтобы воспользоваться правом из ценной бумаги, необходимо ее предъявить. ГПК РФ (*Гражданский процессуальный кодекс* Российской Федерации, далее: ГПК РФ) предусматривает порядок объявления судом ценной бумаги утратившей силу, в этом случае возможно осуществление указанного права без ее предъявления.

В-третьих, ценные бумаги должны обладать обязательными реквизитами, которые являются необходимым элементом.

В настоящее время ФЗ о рынке ценных бумаг выделяет документарную форму эмиссионных ценных бумаг и бездокументарную. В бездокументарной форме владелец устанавливается на основании записи в реестре владельцев ценных бумаг, или в случае депонирования ценных бумаг, на основании записи по счету депа.

Операции с бездокументарными ценными бумагами могут совершаться только при обращении к лицу, которое официально совершает записи прав. На основании вышесказанного, следует привести признаки эмиссионной ценной бумаги:

1) может быть документарной и бездокументарной;
2) закрепляет как имущественные, так и неимущественные права;
3) права по этой бумаге подлежат удостоверению, уступке и безусловному осуществлению с соблюдением формы и порядка, установленных Законом о рынке ценных бумаг;
4) размещается выпусками;
5) имеет равные объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска вне зависимости от времени приобретения ценной бумаги.

Выпуск ценных бумаг – это не процесс, а совокупность всех ценных бумаг одного эмитента, предоставляющих одинаковый объем прав их владельцам и имеющих одинаковую номинальную стоимость. Роль эмитента могут выполнять: юридическое лицо; исполнительный орган государственной власти; орган местного самоуправления. Выпуску присваивается единый государственный регистрационный номер. Если выпуск не подлежит государственной регистрации, то присваивается идентификационный номер (Иванов, 2013).

Оборот прав вызывает гораздо большие риски, чем оборот вещей; ведь эти нематериальные объекты не столь приспособленные к обороту. Это связано прежде всего с тем, что приобретатель права не может быть полностью уверен о том что продавец надлежащий, передаваемое право ничем не ограничено (возражениями например). Поэтому „задокументированные" имущественные права менее оборотоспособны чем вещи.

Исторически возникший гораздо раньше оборота прав оборот вещей не знает указанных трудностей, ибо передача физически осязаемой вещи в собственность приобретателя исключает спор об „объеме" его права. Более того, в соответствии с п. 1 ст. 302 ГК (Гражданский Кодекс, далее: ГК) допускается добросовестное приобретение движимой вещи даже от ее неуправомоченного отчуждателя, тогда как „добросовестное приобретение права требования от неуправомоченного лица" в гражданском праве невозможно в принципе. В связи с этим потребности имущественного оборота в юридически обеспеченном переходе (отчуждении) имущественных прав от одних лиц к другим удовлетворяются путем закрепления того или иного субъективного права в документе как движимой вещи, причем так, что оно становится принадлежащим единственно и исключительно владельцу этого документа. Иначе говоря, имущественное право существует здесь только в форме бумаги; передача (отчуждение) последней является передачей самого права, а ее утрата – прекращением права. Поэтому в таких отношениях „право на бумагу следует за правом из бумаги", т.е. оборот прав становится оборотом вещей.

Теперь рассмотрим непосредственно классификацию ценных бумаг. Например, Суханов в своем учебнике по гражданскому праву выделяет три вида ценных бумаг: предъявительские, ордерные, именные (Суханов, 2011). Причем деление проводится в зависимости от способа легитимации управомоченного лица, которое предложил Агарков почти сто лет назад. Однако, сам Агарков, по данному основанию выделял не три вида ценных бумаг, а четыре, но об этом речь пойдет ниже.

М.М. Агарков отмечал, что деление ценных бумаг проводится в зависимости от способа обозначения в бумаге управомоченного по ней лица (здесь ученый опирается на положения Советского законодательства). С этой точки зрения именной бумагой является бумага, составленная на имя определенного лица, ордерной бумагой – составленная по приказу определенного лица и бумагой на предъявителя – составленная на предъявителя бумаги. Сам ученый считал данный критерий деления недостаточно последовательным.

Во-первых, не всегда в бумагах на предъявителя имеется указание на предъявителя. Агарков приводил в пример законодательства других стран, которые в отношении чека определяют, что при отсутствии в нем указания на чекоприобретателя он считается выписанным на предъявителя. Во-вторых, некоторые ордерные бумаги являются таковыми в силу закона. Типичным примером такой бумаги является по большинству законодательств вексель. На этом основании разделяют ордерные бумаги на два подвида – на бумаги ордерные в силу закона и на бумаги ордерные в силу воли сторон.

Таким образом, Агарков считал, что способ обозначения субъекта права, как классификации ценных бумаг, не соответствует действующему праву. Способ обозначения субъекта может быть реквизитом, с которым правопорядок связывает отнесение ценной бумаги к той или иной категории. Но, как показывают вышеприведенные примеры, в некоторых случаях бумага является предъявительской или ордерной не в силу принятого в ней способа обозначения субъекта, а ввиду наличия в ней иных реквизитов, которые согласно закону делают ее таковой.

„Ордерная бумага (например вексель) может в том случае, когда она снабжена бланковым индоссаментом, переходить от одного субъекта к другому так же, как и бумага на предъявителя. Однако, в силу этого обстоятельства, она не превращается в бумагу на предъявителя, а остается ордерной бумагой. Бланковое индоссирование векселя предоставляет векселедержателю правомочия, которыми не обладает держатель бумаги на предъявителя. Векселедержатель может не только передать вексель без всяких формальностей, но может также заполнить бланк своим именем или именем другого лица или передать вексель, учинив новый индоссамент. Поэтому нормы о бумагах на предъявителя не распространяются на ордерные бумаги, снабженные бланковым индоссаментом" – к такому выводу приходил Агарков (Агарков, 1927).

Российские ученые, также отмечают данные черты сходства ордерной ценной бумаги и предъявительской. Индоссамент отличается от

уступки (передачи) прав тем, что совершившее его лицо (индоссант) остается ответственным перед законным владельцем бумаги за осуществление выраженного в ней права и несет перед ним солидарную ответственность со всеми другими надписателями и лицом, первоначально выдавшим бумагу (п. 3 ст. 146, п. 1 ст. 147 ГК). Следовательно, наличие индоссаментов повышает уверенность владельца ордерной бумаги в получении исполнения по ней, поскольку увеличивает круг обязанных лиц, и потому делает обладание такой бумагой весьма привлекательным. Однако индоссант может освободиться от ответственности перед держателем бумаги, сделав в индоссаменте специальную оговорку „без оборота на меня", освобождающую его от ответственности перед всеми последующими держателями, кроме своего контрагента-приобретателя (индоссата).

Индоссаменты могут быть ордерными, содержащими прямое указание лица, которому или приказу (ордеру) которого должно производиться исполнение по бумаге, а также бланковыми, без указания лица, которому следует произвести исполнение – в этом случае владелец бумаги может затем вписать указание на управомоченное лицо, либо совершить новый индоссамент, либо просто передать (вручить) ордерную бумагу новому владельцу, который в свою очередь вправе поступить с ней аналогичным образом. Это резко повышает оборотоспособность такой бумаги, сближая ее с предъявительскими бумагами (абз. 2 п. 3 ст. 146 ГК) (Агарков, 1927).

Ссылаясь на положения советского законодательства, М.М. Агарков замечает, что: индоссамент не является способом передачи одних только ордерных бумаг. По индоссаменту могут передаваться ценные бумаги, в которых обозначено имя первого приобретателя и на которые совершенно не распространяются те положения, которые устанавливаются для ордерных бумаг, в частности, для наиболее типичной из них – векселя. Наконец индоссамент может служить для оформления передачи прав, которые не получили выражения в ценной бумаге, но оформлены посредством юридического документа другого рода. В частности, положения гражданского законодательства не содержит никаких препятствий к оформлению цессии указанным способом, замечал Агарков (Агарков, 1927).

В тех случаях, когда передаточная надпись учиняется на документе, который не является ордерной бумагой, то независимо от того, является ли документ ценной бумагой, такая передаточная надпись должна рассматриваться как оформление передачи соответствующего права, подлежащее обсуждению на основании правил гражданского права.

2.2. Новая классификация ценных бумаг

На основании вышеприведенных доводов, М.М. Агарков. предлагал классифицировать ценные бумаги в зависимости от „способа легитимации держателя бумаги в качестве субъекта выраженного в ней права". На основании этого критерия, ученый выделял не 3 вида ценных бумаг, а четыре.

1. Ценные бумаги на предъявителя, к которым относил облигации и акции на предъявителя, предъявительские чеки, предъявительские вкладные документы, простое складочное свидетельство, коносамент на предъявителя, и некоторые др., характеризуются тем, что для легитимации держателя в качестве субъекта соответствующего права достаточно одного только предъявления бумаги. Не требуются никакие дополнительные признаки. Обязанное лицо должно чинить исполнение против предъявленной ему бумаги и может это делать, не опасаясь ответственности за исполнение ненадлежащему лицу. Исполнением предъявителю должник погашает свое обязательство.

2. Ордерные бумаги, типичным образцом которых является вексель, характеризуются тем, что держатель бумаги должен быть легитимирован как предъявлением самой бумаги, так и непрерывным рядом передаточных надписей.

3. Именные бумаги, как именная акция, временные свидетельства, именные вкладные документы, квитанции товарных складов, не получивших разрешения правительства на выдачу свидетельств, легитимирует своего держателя в качестве субъекта права, если он означен в тексте бумаги посредством указания его имении, кроме того, внесен в книгу, которую ведет обязанное лицо. Таким образом, держатель именной ценной бумаги легитимирован в качестве субъекта соответствующего права тогда, когда имя его означено в бумаге в качестве первоначального приобретателя или последующего и, кроме того, записано в книге, которая ведется обязанным лицом (Агарков, 1994).

Именные ценные бумаги отчуждаются в порядке, установленном для уступки права – цессии (п. 2 ст. 146 ГК), если только речь не идет о лишенных этого свойства „обыкновенных именных (легитимационных) бумагах". Для их передачи другим лицам требуется выполнить специальные формальности (совершить трансферт (изменение, переход) записи о владельце в книге или реестре должника). Поэтому оборотоспособность таких бумаг следует считать осложненной. Именными ценными бумагами могут являться отсутствующие у нас документарные акции, а также паи инвестиционных фондов; ими могут быть и некоторые виды облигаций, векселей, чеков, коносаментов.

4. Агарков на основании нового критерия классификации ценных бумаг выделяет четвертую группу, так называемые – обыкновенные именные ценные бумаги. Обыкновенная именная ценная бумага легитимирует своего держателя в качестве субъекта права, если он, будучи держателем бумаги, является субъектом выраженного в ней права на основании общих норм гражданского права или на основании специальных норм, регулирующих правоотношение, по которому выдана бумага. В случае обыкновенной ценной бумаги дополнительная легитимация тождественна с легитимацией субъекта соответствующего права, как она имела бы место в том случае, если бы право не было выражено в ценной бумаге. В качестве субъекта обязательственного права, выраженного в обыкновенной именной ценной бумаге, легитимирован тот, кто в ней означен как первоначальный субъект этого права, или тот, к которому бумага дошла в порядке цессии. Если бумага и выраженное в ней право непередаваемы, то легитимированным является только лицо, поименованное в бумаге (Агарков, 1927).

2.3. Вопрос об отнесении обыкновенных именных ценных бумаг к числу ценных бумаг

После данной классификации стоит задаться вопросом об отнесении обыкновенных именных ценных бумаг к числу ценных бумаг. Вопрос об отнесении обыкновенных именных ценных бумаг к числу ценных бумаг, связан с вопросом о публичной достоверности этих бумаг и может быть рассмотрен только вместе с ним.

Соответственно, существуют ценные бумаги, обладающие публичной достоверностью, и ценные бумаги, не обладающие этим свойством. Приводя эту классификацию, Агарков ссылается на немецкого ученого Brunner. Обладают публичной достоверностью, согласно его определению, те ценные бумаги, содержание которых безусловно определяет права добросовестного их приобретателя. Тот, кто приобретает такую бумагу, добросовестно доверяя ее содержанию, приобретает выраженное в ней право таким, каким оно является согласно этому содержанию. Обязанное лицо не может противопоставить требованию добросовестного приобретателя бумаги возражения, которые не вытекают из ее содержания, за исключением тех, которые основаны на непосредственных отношениях между ними. Исключены таким образом возражения, основанные на правоотношениях обязанного лица к предшественни-

кам добросовестного приобретателя. Публичная достоверность бумаги имеет значение только в отношении добросовестного приобретателя. В отношениях между обязанным лицом и первоначальным приобретателем она не производит никакого действия. В этом случае возможны все возражения, основанные на правоотношениях между должником и его контрагентом.

Бумага на предъявителя, как было указано выше, легитимирует своего держателя в качестве субъекта выраженных в ней прав одним только фактом предъявления бумаги обязанному лицу. Если допустить, что обязанное лицо может противопоставить требованию держателя бумаги возражения, основанные на своих отношениях с его предшественниками, то придется также допустить, что держатель бумаги должен будет для защиты своих притязаний ссылаться также и на права своих предшественников. Поэтому следует признать, что, несмотря на отсутствие положительных указаний в действующем советском законодательстве, ценные бумаги на предъявителя обладают публичной достоверностью и исключают возможность противопоставления требованию держателя возражений, основанных на отношениях обязанного лица к его предшественникам.

Равным образом правило о недопущении возражений, основанных на отношениях с предшественниками легитимированного держателя бумаги, имеет силу и в отношении ордерных бумаг. Держатель ордерной бумаги является легитимированным в качестве субъекта выраженного в ней права, если на нем заканчивается непрерывный ряд передаточных надписей. Допущение указанных возражений заставило бы его ссылаться в обоснование своего притязания на права своих предшественников, т.е. лишало бы бумагу характерной особенности, присущей ордерной бумаге. Всякая ордерная бумага поэтому должна считаться обладающей публичной достоверностью.

В случае именной бумаги держатель легитимирован в качестве субъекта права, если он обозначен не только в предъявленной им бумаге, но также и в книгах обязанного лица. Если допустить, что обязанное лицо может приводить против требований надлежащим образом легитимированного держателя бумаги возражения, основанные на своих отношениях к его предшественникам, то неизбежно противоречие с понятием именной бумаги. Для легитимации держателя в качестве субъекта права окажется необходимым сверх предъявления бумаги с обозначением на ней имени держателя, совпадающим с записью в книге обязанного лица, еще и ссылка на права его предшественников**.** Запись в книге в таком случае окажется ненужной

и юридически бессмысленной формальностью. Запись будет только актом внутреннего делопроизводства обязанного лица. Поскольку источники действующего права придают записи в книге обязанного лица легитимирующее значение, постольку следует признать, что обязанное лицо не может приводить возражения, основанные на своих отношениях с предшественниками управомоченного по бумаге лица.

От вопроса о возражениях, которые обязанное лицо может предъявить против требования надлежащим образом легитимированного держателя именной бумаги, следует отличать вопрос о том, какие возражения обязанное лицо может делать против требования об учинении трансферта, предъявленного лицом, к которому бумага перешла по передаточной надписи или иным образом.

В случае обыкновенной именной ценной бумаги держатель ее является легитимированным в качестве субъекта выраженного в ней права или является его правопреемником на основании правил гражданского права. Поэтому возражения со стороны обязанного лица, основанные на отношениях с предшественниками держателя бумаги, являются возражениями, оспаривающими легитимацию последнего в качестве субъекта права. Допущение таких возражений с логической необходимостью вытекает из природы обыкновенной именной ценной бумаги. Поэтому обыкновенная именная ценная бумага представляет собой бумагу, не обладающую публичной достоверностью (Агарков, 1927).

Таким образом, ценные бумаги на предъявителя, ордерные и именные, принадлежат к числу бумаг, обладающих публичной достоверностью. Обыкновенные именные ценные бумаги не обладают публичной достоверностью. Эта особенность обыкновенных именных ценных бумаг является основанием того, что их не всегда относят к числу ценных бумаг. Действительно, отличие их от других ценных бумаг весьма существенно. Управомоченным по ним всегда бывает лицо, являющееся субъектом права по общим правилам гражданского права. Но все же они обладают признаком, общим для всех ценных бумаг, а именно: являются необходимыми для осуществления выраженного в них права, что и влечет за собой весьма важные последствия. Ряд положений является общим для них и для остальных ценных бумаг. Поэтому отрицание их принадлежности к числу ценных бумаг привело бы только к необходимости усложнения классификационного деления юридических документов, т.е. пришлось бы создавать новую категорию, объединяющую как ценные бумаги (т.е. бумаги на предъявителя, ордерные и именные), так и те бумаги, которые в настоящей работе названы обыкновенными именными ценными бумагами.

Вышеназванные основные положения и рекомендации, анализ зарубежного законодательства, содержатся в книге *Учение о ценных бумагах*, великого ученого Агаркова, который выявил и обосновал использование ряда правовых институтов, конструкций, приемов и средств правового регулирования для решения новых задач, достижения новых целей.

Биографическая аннотация:

студент Юридического института Иркутского государственного университета.

Литература

Агарков, М. (1927). *Учение о ценных бумагах*. Москва: НКФ СССР.
Агарков, М. (1994). *Основы банковского права*. Москва: БЕК.
Иванов, И. (2013). *Краткий курс финансового права*. Москва: Юстицинформ.
Сергеев, А. (2012). *Гражданское право*. Москва: РГ-Пресс.
Суханов, Е. (2011). *Российское гражданское право*. Москва: Статут.
Халфина, Р. (1978). Михаил Михайлович Агарков (1890–1947). *Правоведение*, (3), 95–102.

Wkład naukowy M.M. Agarkowa w badania nad papierami wartościowymi

Streszczenie

Niniejszy artykuł poświęcono omówieniu wkładu naukowego M.M. Agarkowa w cywilistykę rosyjską, a zwłaszcza w problematykę papierów wartościowych. We współczesnym świecie coraz większą rolę odgrywają papiery wartościowe, których wykorzystanie aktywnie wpływa na rozwój ekonomiki rynkowej. Moskiewska giełda papierów wartościowych, NSDAQ, NYSE i in. giełdy papierów wartościowych stanowią ogromne centra kapitalizowania akcji i in. papierów wartościowych. Przykładowo, NYSE (Nowojorska Giełda Papierów Wartościowych) – jest symbolem potęgi finansowej USA oraz przemysłu finansowego. Powyższe zadecydowało o ostatecznym kształcie artykułu, w którym omówiono klasyfikację papierów wartościowych i wskazano propozycję jej uzupełnienia.

To zadziwiające, że *Uczenije o ciennych bumagach* M.M. Agarkowa, mimo że napisane w 1927 roku, do chwili obecnej zachowało swoją aktualność i nie utraciło praktycznego znaczenia. M.M. Agarkow odrzucał klasyfikowanie papierów wartościowych na podstawie sposobu oznaczania podmiotu prawa. Proponował wykorzystanie

kryterium „sposobu legitymacji posiadacza papieru wartościowego jako podmiotu prawa wyrażonego przez papier wartościowy" i na tej podstawie wyróżnił czwartą grupę papierów wartościowych – zwykłe imienne papiery wartościowe. To, czym charakteryzuje się ta grupa papierów wartościowych i jakie posiada cechy, jest przedmiotem niniejszego artykułu.

Słowa kluczowe: papiery wartościowe, na okaziciela, na zlecenie, imienne, zwykłe imienne papiery wartościowe.

ДМИТРИЙ ШОРНИКОВ

Животный мир как объект гражданских прав: в дореволюционном гражданском праве и сегодня

Fauna jako przedmiot praw cywilnych: w przedrewolucyjnym prawie cywilnym i dzisiaj

Резюме

Статья посвящена сравнительному анализу правового положения животного мира и его объектов в дореволюционном и современном русском гражданском праве. Автор, последовательно анализируя диких животных в качестве объектов гражданских прав, указывает, что это – это движимые, по общему правилу, родовые, юридически заменимые, неделимые вещи, которые, чаще всего, выступают в качестве потребляемых, рассматриваются, прежде всего, как простые (хотя и с указанными оговорками), а также единственные из всех видов природных ресурсов, являются вещами одушевленными.

Провозглашаемое современным законодательством право государственной собственности на объекты животного мира представляет собой фактически публичное право государства, основанное на его территориальном верховенстве, суверенитете и прочих публичных категориях. Следует четко отдавать себе отчет в том, что с частноправовым концептом права собственности данный феномен практически ничего общего не имеет.

Представляется разумным в целом вернуться к использованию подходов, применявшихся в дореволюционном гражданском праве, а до того, в римском праве, когда дикие животные рассматривались как бесхозяйные или ничейные

вещи (*nullius in bonis*), считая подобную правовую конструкцию более логичной с точки зрения теории гражданского права и более справедливой с точки зрения современной практики охраны и использования объектов животного мира.

Ключевые слова: животный мир, гражданское право, вещи, объекты животного мира, дикие животные.

1. Введение

Тема, рассматриваемая нами, сегодня довольно широко обсуждается отечественными правоведами, для получения общего представления о характере дискуссий достаточно сослаться лишь на обзорную публикацию Д.Е. Захарова (Захаров, 2010), в которой кратко рассматриваются некоторые позиции по данному вопросу, и к выводам которой мы еще вернемся. К сожалению, в современном российском праве угол зрения на исследуемую проблематику зачастую смещен либо на несущественные терминологические детали, как то, смысл и контекст понятия *животный мир* (Веденин, 2002) либо вообще уходит куда-то в сторону, когда большая часть статьи, посвященной режиму животных как объекта гражданских и иных правоотношений посвящена „особому правовому режиму экспериментальных (лабораторных) животных" (Анисимов, Мохов и Копылов, 2007). Представляется, что в российском дореволюционном гражданском праве концепция правового регулирования животного мира и диких животных как объектов гражданских прав было представлена во многом яснее и логичней, чем сегодня. Оговоримся, что свою позицию по данному вопросу мы уже неоднократно излагали и ниже во многом будем опираться на ранее уже высказанные постулаты (Шорников, 2005; Шорников, 2006; Мартынов, 2006).

Будет разумным, прежде чем обратиться к рассмотрению животного мира, а также его отдельных составляющих частей (объектов животного мира или диких животных), как объектов гражданских прав, указать на основополагающие дефиниции, закрепленные действующим российским законодательством (Федеральный закон *Российской Федерации* от 24 апреля 1995 г. N 52-ФЗ о животном мире СЗ РФ, 17). Так, в частности, под самим животным миром понимается совокупность живых организмов всех видов диких животных, постоянно или временно населяющих территорию РФ и находящихся в состоянии естественной свободы, а также относящихся к природным ресурсам конти-

нентального шельфа и исключительной экономической зоны РФ. В свою очередь, под объектом животного мира понимается организм животного происхождения (дикое животное) или их популяция (о животном мире, 1995).

Вполне очевидно, что животный мир в целом, равно как и непосредственно объекты животного мира (диких животных), мы можем отнести как к объектам природы, так и к природным ресурсам, вернее, мы можем рассматривать их под тем или иным углом зрения, в зависимости от содержания тех отношений, в которые вовлекаются эти объекты. В первом случае животный мир и его объекты рассматриваются нами как неотъемлемые части природы, которые выполняют определенные экологические функции, имеют естественное происхождение и находятся в экологической взаимосвязи со всей остальной природой. В таком контексте животный мир является объектом публичных отношений, которые регулируются соответствующими публичными отраслями права. Нам же более интересен второй подход или, точнее, второй угол зрения, когда дикие животные рассматриваются как природные ресурсы, то есть как используемые человеком для удовлетворения своих нужд части природы. *A priori* следует пояснить, что именно в таком качестве объекты животного мира являются объектами гражданских прав.

2. Основная часть

Рассматривая диких животных через призму объектов гражданских прав как природные ресурсы, сразу же остановимся на двух характерных особенностях их правового режима. Во-первых, в отличие от большинства основных видов природных ресурсов, животный мир не фондируется, то есть не объединяется в единый фонд, а, следовательно, установление общего правового режима (в том числе, режима права собственности) для данного природного ресурса в определенной степени затруднено. Отметим, однако, что некоторые исследователи предлагают создать своего рода „фонд животного мира" или „фаунистический фонд", в попытке перенесения на него тяжести объекта права государственной собственности, Так, в частности, Т.Н. Малая пишет о том, что „необходимо выделить и закрепить единый фаунистический фонд с целью индивидуализации животного мира как объекта государственной собственности" (Малая, 1996). О некоем „едином фаунистическом фонде" идет речь в уже указанной нами выше

статье, посвященной режиму животного мира как объекту гражданских и иных правоотношений (Анисимов, Мохов и Копылов, 2007). Такие попытки, впрочем, представляются безуспешными по целому ряду причин, основные из которых будут рассмотрены нами ниже. Во-вторых, законодатель четко и недвусмысленно говорит об отделении права пользования животным миром от права пользования землей и иными (смежными) природными ресурсами (о животном мире, 1995, ст. 12), имея в виду, что обретение права пользования, скажем, на земельный участок или на участок леса, ни в коей степени не влечет возникновения какого-либо права пользования находящимися на этом участке или в этом лесу животными (в равной степени наоборот: обретение права пользования объектами животного мира на какой-либо территории не влечет за собой какого-либо права пользования иными ресурсами этой территории). Данный юридический принцип также весьма серьезно влияет на правовую характеристику объектов животного мира.

Обращаясь к закреплению особенностей правового регулирования отношений по поводу охраны и использования объектов животного мира современным гражданским законодательством, мы должны сразу же указать на специальную ст. 137 Гражданского кодекса Российской Федерации (ГК РФ), которая говорит о том, что к животным (очевидно, мы вольны понимать в данном случае под используемым законодателем термином „животные" как домашних животных, так и диких) применяются общие правила об имуществе постольку, поскольку законом или иными правовыми актами не установлено иное. Кроме того, жестокое обращение с животными, противоречащее принципам гуманности, не допускается. Конечно, как справедливо замечает Л.В. Щенникова (Щенникова, 1996, с. 8), „данное положение, закрепившее недопустимость жестокого обращения с животными должно импонировать любому россиянину". Однако, из конструкции статьи не вполне ясно, то ли законодатель допускает жестокое обращение с животными, не противоречащее принципам гуманности, что является, на наш взгляд, абсолютным нонсенсом; то ли законодатель поясняет, что жестокое обращение с животными противоречит принципам гуманности и поэтому недопустимо, но такое пояснение банально и необходимость его нахождения в тексте Кодекса более чем сомнительна. Представляется, что оговорка законодателя касательно противоречия принципам гуманности совершенно излишня и должна быть изъята из части второй ст. 137 ГК РФ. Предлагаемая нами редакция ч. 2-ой ст. 137 ГК РФ выглядит так: „При осуществлении прав не допускается жестокое обращение с животными".

Очевидно, что законодатель не считает животных имуществом, лишь распространяя на них „общие правила об имуществе" или, по меньшей мере, считает их *особым видом имущества*. Интересно, что второй раздел первой книги (§ 90–103) ГГУ (*Bürgerliches Gesetzbuch*) называется „Вещи. Животные" (Жалинский и Рерихт, 2001, с. 310). В пользу последнего умозаключения отчасти говорит тот факт, что уже в ст. 221 ГК РФ „Обращение в собственность общедоступных для сбора вещей", законодатель приводит следующую формулу: „В случаях, когда в соответствии с законом, общим разрешением, данным собственником, или в соответствии с местным обычаем в лесах, водоемах или на другой территории допускается сбор ягод, лов рыбы, сбор или добыча других общедоступных вещей и животных". Таким образом, сравнивая название статьи и ее содержание, не вполне ясно, то ли животные – это вещи (если опираться на название), то ли это объекты, на которые может быть распространен режим общедоступных вещей (как в тексте статьи) или которые могут быть приравнены к общедоступным вещам. Более в ГК РФ дикие животные не упоминаются [в иных статьях ГК РФ речь прямо идет о домашних животных, не являющихся объектами животного мира (не диких). См., в частности, положения о безнадзорных животных в ст. 230, 231, 232 ГК РФ].

Одновременно следует указать, что значительная часть современных авторов прямо или косвенно относит диких животных к вещам. Так, В.В. Ровный пишет, что относимость животных к вещам в современном отечественном гражданском праве предполагается, ибо в законодательстве нет оговорки об ином, присутствующей, к примеру, в германском законодательстве. Вместе с тем, указывает автор, отечественное законодательство знает ряд норм о животных, заметно специализирующих их статус среди обычных вещей (Ровный, 2003; Хаскельберг и Ровный, 2001). Одновременно тот же автор совершенно справедливо указывает, что в нормах гражданского законодательства речь идет именно о живых животных, поскольку мертвые особо ничем не отличаются от обычных вещей, а потому не требуют юридического обособления (Ровный, 2003). В то же время мы не можем согласиться с там же изложенной позицией данного автора о том, что не требуют юридического обособления и „невысшие зооиндивидуумы", например, бабочки, поскольку с точки зрения обособления в качестве вещи та же бабочка ничем принципиально не отличается, скажем, от любого млекопитающего („высшего зооиндивидуума").

Попробуем охарактеризовать объекты животного мира как объекты гражданских прав, определив их место в различных юридических классификациях.

Прежде всего, очевидно, что дикие животные обладают определенной степенью дискретности по меньшей степени в физическом смысле (здесь мы можем, в частности, апеллировать к таким управленческим институтам, как мониторинг объектов животного мира, кадастр объектов животного мира и т.д.), поскольку любой объект животного мира существует вполне обособлено и индивидуализировано от иных объектов. Более того, такая обособленность гораздо выше, чем у иных видов природных ресурсов. Так, например, ясно, что дикое животное гораздо более дискретно, чем водный объект и не менее чем, скажем, горный отвод или земельный участок. Более того, для обособления любого животного не требуется никаких специальных юридических процедур, как для названных ранее объектов. Не подлежит сомнению и частноправовая полезность диких животных, рассматриваемых в качестве природных ресурсов. Существует, как было показано выше, и определенная юридическая привязка объектов животного мира к гражданскому законодательству, что позволяет говорить о наличии у них системной связи с иными объектами гражданских прав.

Объекты животного мира, в отличие от всех ранее рассмотренных нами видов природных ресурсов, относятся к *движимым вещам*. Здесь следует сделать некоторое уточнение: поскольку законодатель, как мы указали выше, не относит диких животных однозначно к вещам, мы говорим о них как о вещах исключительно для удобства обозначения данной категории объектов. Напомним, что в свое время Д.И. Мейер писал о существовавшем в тот период делении движимых вещей на самодвижущиеся и движущиеся под воздействием внешнего толчка, согласно которому животные (и только они) относились именно к самодвижущимся вещам (Мейер, 1997). Понятно, что в силу данной специфической характеристики животные не имеют прочной или постоянной связи ни с земельными участками, ни с иными объектами недвижимости, что отчасти объясняет указанный нами выше принцип отделения права пользования объектами животного мира от права пользования иными природными ресурсами. Естественно также, что отнесение объектов животного мира к движимым вещам определенным образом характеризует их правовой режим, по крайней мере, не включая в него специальные правила, характерные для правового регулирования объектов недвижимости (Например, особый порядок возникновения, перехода, ограничения и прекращения права собственности и других вещных прав, предусматривающий обязательную письменную форму и обязательную государственную регистрацию и т.д.).

Объекты животного мира, по общему правилу, относятся к *родовым* вещам, поскольку обычно степень их индивидуализации при вовлечении в правоотношения по их использованию довольно низка (так, в частности, в лицензии на пользование объектами животного мира не указываются индивидуально-определенные характеристики таких объектов, речь идет лишь об их видовых и родовых признаках). Вместе с тем, нельзя исключать случаи, когда в правоотношение будет вовлекаться именно индивидуально-определенное дикое животное, обладающее конкретными характеристиками, вытекающими из его ценности, редкости или каких-то иных качеств. Вслед за отнесением животных, по общему правилу, к родовым вещам, мы должны отнести их к вещам юридически *заменимым*, снова указав, что данное отнесение носит общий, но не абсолютный характер, ибо в силу восприятия в каком-либо случае объекта животного мира в качестве индивидуально-определенной вещи, мы должны будем распространить на него и режим юридической незаменимости.

В отличие от предыдущих видов природных ресурсов объекты животного мира однозначно относятся к *неделимым* вещам. Причем их неделимость обусловлена не только и не столько какими-то юридическими признаками, но чисто физическими (естественными) свойствами данных объектов. Говорить о делимости мы можем лишь в отношении каких-либо природных или искусственно созданных совокупностей диких животных – стаи птиц, стада оленей или львиного прайда, да и то в значительной степени условно.

При вовлечении в правоотношения в качестве объектов гражданских прав, проще говоря, при их использовании, дикие животные могут рассматриваться и как *потребляемые*, и как *непотребляемые* вещи. Здесь следует указать на несколько достаточно любопытных обстоятельств. Первое, объекты животного мира, рассматриваемые в качестве именно диких животных (природных ресурсов), по большому счету однозначно потребляемы, поскольку любое использование вырывает их из состояния экологической взаимосвязи, и они перестают быть как дикими животными, так и природными ресурсами. Второе, основным видом использования диких животных как раз и является их добыча (чаще всего в виде охоты или рыбалки), которая влечет за собой однократное и безусловное потребление данных объектов. Данные обстоятельства заставляют нас говорить об объектах животного мира в первую очередь именно как о вещах потребляемых, возможны, однако, и исключения, например, использование объектов животного мира без извлечения их из среды обитания, то есть, фактически, не потребляя их (например, при научном исследовании).

Объекты животного мира, как правило, выступают в правоотношениях в качестве *простых вещей* (а движимые неделимые вещи, как правило, являются простыми). Так же как и в предыдущих классификациях, мы не можем считать данную характеристику абсолютной, однако дикие животные действительно достаточно редко выступают как сложные вещи, трудно представить их как в качестве принадлежностей какой-либо главной вещи, так и в качестве составного элемента сложной вещи [вместе с тем можно предложить некоторые примеры, когда само животное может рассматриваться как главная вещь с принадлежностями, например олени и их рога (панты), рыба с икрой и т.п.].

Еще одной особенностью классификационной характеристики объектов животного мира является тот факт, что они, как живые существа, единственные из всех видов природных ресурсов, относятся к благам *одушевленным*. Данный факт также сказывается на формировании правового режима диких животных, напомним, в частности, о закрепляемых гражданским законодательством правилах гуманного обращения с ними. Объекты животного мира, наконец, являются источниками плодов (как продуктов их органического развития) и доходов.

Подытоживая вышесказанное, укажем, что объекты животного мира – это движимые, по общему правилу, родовые, юридически заменимые, неделимые вещи, которые, чаще всего, выступают в качестве потребляемых, рассматриваются, прежде всего, как простые (хотя и с указанными оговорками), а также единственные из всех видов природных ресурсов, являются вещами одушевленными. Данная характеристика в значительной степени отличается от характеристик иных видов природных ресурсов, что не может не сказываться на определении правового режима объектов животного мира. Делая предварительные выводы на основе выявленной совокупности классификационных признаков, следует заметить, что они, по всей видимости, должны были бы в определенной степени либерализовать правовой режим охраны и использования диких животных (заявлять подобное утверждение заставляют нас, в первую очередь, такие признаки, как отнесение животных к движимым, родовым, заменимым и простым вещам). Что, как мы увидим ниже, к сожалению, далеко не в полной мере отражается в современном российском законодательстве, в отличие, от законодательства (равно как и теоретических постулатов) бытующего в России до революции.

Современное фаунистическое законодательство однозначно относит объекты животного мира к государственной собственности (см. ст. 4 Закона о животном мире), при этом к собственности РФ относятся

редкие, исчезающие, наиболее ценные или мигрирующие виды животных. Нормы гражданского права, касающиеся имущества, в том числе продажи, залога и иных сделок к объектам животного мира применяются постольку, поскольку это допускается федеральным законодательством о животном мире. Отношения по владению, пользованию и распоряжению объектами животного мира регулируются гражданским законодательством в той мере, в которой они не урегулированы Законом о животном мире, та же формула используется и по отношению к имущественным отношениям в области охраны и использования животного мира вообще. Ряд авторов отмечает, что каких-либо норм, развивающих и уточняющих данные положения, современное законодательство не содержит (Веденин, 2002), что едва ли можно признать правильным.

Интерес вызывают ряд следующих обстоятельств. Во-первых, законодатель не запрещает и даже напрямую не ограничивает, по общему правилу, оборот обычных объектов животного мира. Более того, в Законе о животном мире присутствует любопытное правило о том, что оборотоспособность диких животных, принадлежащих к видам, занесенным в Красную книгу РФ, допускается в исключительных случаях на основании так называемой распорядительной лицензии, которая фактически и является специальным разрешением, предоставляющим право определенным в нем лицам распоряжаться в установленном порядке объектами животного мира (см. ст. 1, 24 Закона о животном мире). Указанная формула заставляет нас предположить, что объекты животного мира, не отнесенные к видам, занесенным в Красную книгу РФ, либо не ограничены в своем обороте (что довольно странно, учитывая их закрепление в исключительно публичной собственности), либо, по меньшей мере, более свободны в нем. Во всяком случае, речь идет либо о принципиальной возможности оборота диких животных, допускаемой фаунистическим законодательством, либо о крайне неудачной формулировке соответствующего положения, допущенной законодателем.

Во-вторых, правовой режим объектов животного мира, изъятых из среды обитания (то есть уже не природных ресурсов), имеет гораздо более частноправовой характер, так, в частности, они могут находиться в частной, муниципальной, государственной и иных формах собственности, а отношения по владению, пользованию и распоряжению такими животными регулируются в первую очередь гражданским законодательством, а только затем – фаунистическим. Добавим также, что пользователи животным миром имеют безусловное право собственности на добытые объекты животного мира, а также продукцию, полученную от них (см. ст. 40 Закона о животном мире).

Рассматривая современное юридическое опосредование объектов животного мира фаунистическим и гражданским законодательством, необходимо высказать ряд соображений. Прежде всего, вызывает определенные сомнения сам режим государственной собственности на объекты животного мира.

Русское дореволюционное гражданское право к диким животным относилось неоднозначно. Напомним, что Д.И. Мейер, относил, в частности, „птиц, летающих по поднебесью" к объектам, которые вообще не подлежат господству человека, а также, следовательно, не состоят в гражданском обороте и не представляют собой какую-либо имущественную ценность (Мейер, 1997). Г.Ф. Шершеневич (Шершеневич, 2001; 1995) и В.И. Синайский (2002) относили диких животных к бесхозяйным вещам, право собственности на которые могло быть обретено путем завладения. В русском, а затем и в советском гражданском праве схожей позиции придерживался Б.Б. Черепахин (2001, с. 64), причем он говорил о диких животных именно как о бесхозяйных вещах, отделяя их от понятия „бесхозяйное имущество", поскольку „понятие *бесхозяйного имущества* совершенно не приложимо к объектам, еще никем не освоенным, так как под имуществом можно понимать только то, что кому-нибудь принадлежит или принадлежало, и хотя лишилось хозяина, но осталось в человеческом обладании". Такое понятие, по словам автора, „ни в коем случае не подойдет к объектам охоты и рыбной ловли в открытых водах, поскольку нельзя даже с определенностью сказать, сделаются ли они (эти объекты) когда-либо достоянием определенного человека, или же так и пребудут до конца в бесхозяйном состоянии". Б.Б. Черепахин четко указывал, что установление чьей бы то ни было собственности на всех диких зверей и птиц, находящихся в состоянии естественной свободы, безусловно, не совместимо с самой природой объекта, а создание „бессодержательной фикции" принадлежности государству диких зверей и птиц (до их освоения) или установления в пользу государства особого монопольного права на присвоение объектов охоты было бы крайне нецелесообразным, да и чрезвычайно вредным с народнохозяйственной точки зрения (Черепахин, 2001). Показательно также замечание Д.М. Генкина, который писал, что объектом права собственности могут быть лишь вещи, определенные индивидуально, поэтому на родовые вещи (к которым, как мы установили, и относятся по общему правилу объекты животного мира) право собственности может возникнуть лишь с момента их индивидуализации (Генкин, 1961) (в нашем случае, фактически, с момента изъятия дикого животного из природной среды, но тогда оно уже не будет природным ресурсом).

Сегодня многие авторы указывают, что государственная собственность на объекты животного мира это „собственность особого рода", по поводу которой общие гражданско-правовые установления „вытесняются, замещаются нормами права публичного" (Лапач, 2002). При этом те же авторы обычно соглашаются с тем, что действующему конституционному и гражданскому законодательству никакая собственность *sui generis*, никакие „особые разновидности" права собственности не известны. Причем это исключение может быть связано только с ограничением естественной свободы диких животных. А такое ограничение лишает данные объекты собственно статуса объекта животного мира (природного ресурса), вырывая их из дикой природы (Лапач, 2002).

Таким образом, анализируя современное правовое положение объектов животного мира, мы должны признать или существование в отношении них права государственной собственности „особого рода" или отнести их к бесхозяйным вещам, по отношению к которым государство обладает определенными публичными правами. Рассмотрим оба случая. В первом из них, государство как собственник должно обладать и соответствующими правомочиями собственника – правом владения, пользования и распоряжения объектами собственности. Однако наличие этих правомочий у государства в высшей степени сомнительно.

Во-первых, государство не владеет дикими животными, оно, за крайне редким исключением (причем это исключение может быть связано только с ограничением естественной свободы диких животных, а такое ограничение лишает данные объекты собственно статуса объекта животного мира (природного ресурса), вырывая их из дикой природы), практически не может, да и не имеет права „удерживать их в обладании", скажем, ограничивая естественную миграцию. Мы должны признать, что право владения объектами животного мира, которые являются не просто движимым, но и самодвижущимся имуществом, практически невозможно представить.

Во-вторых, государство не может самостоятельно пользоваться объектами животного мира, оно лишь регламентирует данное пользование (причем, заметим, регламентирует в качестве суверена государственной власти, а не в качестве собственника), а также делегирует его иным лицам, поскольку непосредственными пользователями животным миром являются юридические лица и граждане (в соответствии с положениями действующего законодательства, пользователи животным миром – граждане, индивидуальные предприниматели и юридические лица, которым законами и иными нормативными правовыми актами РФ и законами и иными нормативными правовыми актами

субъектов РФ предоставлена возможность пользоваться животным миром) (Закон о животном мире, 1995).

В-третьих, государство не может и распоряжаться объектами животного мира, поскольку не может распорядиться тем, чем оно не владеет и неизвестно будет ли когда-либо владеть. Здесь могут последовать возражения о том, что предоставление пользователю лицензии на добычу объектов животного мира – это и есть распоряжение этим объектом. На самом деле, предоставление лицензии – это фактически лишь предоставление права на возможную оккупацию (*occupacio*) того или иного объекта, когда государство не предоставляет пользователю какой-либо объект, но лишь снимает в его отношении режим государственной охраны, в определенном смысле выводит данный объект из-под государственного суверенитета. Более того, режим охраны (защиты), по общему правилу, снимается не в отношении какого-либо определенного индивидуализированного объекта, а лишь на определенной территории, в определенное время, на определенное количество родовых объектов. Одним из доказательств справедливости подобной сентенции служит тот факт, что в случае, если пользователь по каким-либо причинам не реализовал свое право на добычу дикого животного, государство не несет перед ним никаких обязательств. То есть у государства не возникает перед пользователем никаких обязательств по передаче вещи, которые не просто характерны, но имманентны любой сделке по отчуждению имущества. Заметим, что высказанные соображения не являются единственными аргументами, заставляющими усомниться в возможности существования права государственной собственности на объекты животного мира. Так, в частности, вызывает большой интерес вопрос о моменте прекращения права собственности на объект животного мира, который в процессе миграции пересекает государственную границу РФ [если считать государственную границу некоей условной линией, разделяющей два государства (чем она, по сути, и является), то, видимо, можно предположить, что если животное остановилось посередине границы, то одна часть его уже не принадлежит РФ, а другая все еще находится в ее собственности, что абсурдно в силу неделимости объекта], равно как и более общий вопрос о возможности самовольного выбытия объекта из собственности или возвращения в нее. Наконец, распространение законодателем права государственной собственности на живые ресурсы континентального шельфа и исключительной экономической зоны попросту противоречит как международным договорам РФ, так и общепризнанным принципам международного права, согласно ко-

торым прибрежное государство не может являться собственником любых природных ресурсов за пределами территориального моря (Калинин, 2001, с. 278).

3. Выводы

Таким образом, провозглашаемое современным законодательством право государственной собственности на объекты животного мира представляет собой фактически публичное право государства, основанное на его территориальном верховенстве, суверенитете и прочих публичных категориях. Мы можем продолжать именовать его „правом собственности", но в этом случае следует четко отдавать себе отчет в том, что с частноправовым концептом права собственности данный феномен практически ничего общего не имеет.

Д.Е. Захаров, например, пишет, что „провозглашение диких животных в состоянии естественной свободы собственностью Российской Федерации представляет собою юридическую фикцию", которой законодатель „злоупотребляет" (Захаров, 2010). В целом соглашаясь с позицией автора, укажем, что на наш взгляд более правильным будет полный отказ от дефиниции „государственная собственность" на объекты животного мира и переход к использованию института „государственного суверенитета", об обязанности и праве государства на охрану объектов животного мира, которые с точки зрения гражданского права являются бесхозяйными вещами, фактически восстановив более логичную правовую конструкцию дореволюционного русского гражданского права, когда исследуемое публичное право государства на диких животных именовалось *государственной регалией*. Косвенным подтверждением нашей позиции является декларируемая фаунистическим законодательством характеристика животного мира как достояния народов РФ, неотъемлемого элемента природной среды и биологического разнообразия Земли, всемерно охраняемого и рационально используемого для удовлетворения духовных и материальных потребностей граждан РФ (см. преамбулу Закона о животном мире).

Следствием признания диких животных бесхозяйными вещами будет необходимость изменения редакции ст. 225 ГК РФ путем дополнения п. 2-го данной статьи абз. 2-ым следующего содержания: „Приобретение права собственности и иных вещных прав, равно как и иные правила оборота бесхозяйных вещей, распространяются на диких животных в той мере, в какой это не противоречит положениям законодательства о животном мире".

Поскольку, как мы указали, современное фаунистическое законодательство относит диких животных к объектам исключительной государственной собственности, постольку остальные лица могут осуществлять в отношении животных лишь отдельные вещные правомочия, а именно, права пользования. Так, объекты животного мира могут предоставляться органами государственной власти, уполномоченными осуществлять права собственника от имени РФ и субъектов РФ юридическим лицам в долгосрочное пользование на основании долгосрочной лицензии и гражданам в краткосрочное пользование на основании именной разовой лицензии. Пользователь осуществляет принадлежащие ему права владения и пользования объектами животного мира на условиях и в пределах, установленных законом, лицензией и договором с органом государственной власти, предоставляющим соответствующую территорию, акваторию для осуществления пользования животным миром. Пользователь не вправе распоряжаться объектами животного мира, если иное не предусмотрено Законом о животном мире. Содержание прав на объекты животного мира определяется федеральным законом на основании общих положений гражданского законодательства (см. ст. 33 Закона о животном мире). Пользование животным миром может осуществляться как посредством изъятия объектов животного мира из среды их обитания, так и без такового.

Анализ правовых обстоятельств предоставления права пользования объектами животного мира показывает, что, несмотря на наличие в нем некоторых частноправовых средств и институтов, в целом он носит публично-правовой характер и названные средства и институты не играют сколько-нибудь значительной роли, даже по сравнению со схожим порядком возникновения права пользования водными объектами или участками лесного фонда. По всей видимости, данный порядок в фаунистическом праве по сочетанию частноправовых и публично-правовых элементов приближен к возникновению права пользования участками недр.

В целом же говоря о животном мире как объекте гражданских прав, представляется разумным вернуться (с известными оговорками, безусловно), к использованию подходов, бытующих в данной сфере в дореволюционном гражданском праве, а до того, в римском праве, когда дикие животные рассматривались как бесхозяйные или ничейные вещи (*nullius in bonis*), считая подобную правовую конструкцию более логичной с точки зрения теории гражданского права и более справедливой с точки зрения современной практики охраны и использования объектов животного мира.

Биографическая аннотация:

кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права и сравнительного правоведения Юридического института Иркутского государственного университета.

Литература

Анисимов, А., Мохов, А., Копылов, Д. (2007). Правовой режим животных как объекта гражданских и иных правоотношений. *Современное право*, (4).

Веденин, Н. (2002). Животный мир как объект использования и охраны. *Журнал российского права*, (12).

Генкин, Д. (1961). *Право собственности в СССР*. Москва: Госюриздат.

Жалинский, А., Рерихт, А. (2001). *Введение в немецкое право*. Москва: Спарк.

Захаров, Д. (2010). К вопросу о праве собственности на животный мир. *Российский юридический журнал*, (3/72).

Калинин, И. (2001). *Правовое регулирование ресурсопользования*. Томск: Изд-во НТЛ.

Лапач, В. (2002). *Система объектов гражданских прав: Теория и судебная практика*. Санкт-Петербург: Юрид. центр Пресс.

Малая, Т. (1996). *Право собственности на животный мир*. Москва: Российская Академия наук.

Мартынов, А. (2006). Разграничение государственной собственности на природные объекты (постановка проблемы). *Сибирский юридический вестник*, (6).

Мейер, Д. (1997). *Русское гражданское право: в 2-х ч. (По испр. и доп. 8-му изд. 1902 г.) Ч.1*. Москва: Статут.

Ровный, В. (2003). *Договор купли-продажи (очерк теории)*. Иркутск: Изд-во Иркут. ун-та.

Синайский, В. (2002). *Русское гражданское право*. Москва: Статут.

Хаскельберг, Б., Ровный, В. (2001). *Индивидуальное и родовое в гражданском праве*. Иркутск: Изд-во ОГУП.

Черепахин, Б. (2001). *Труды по гражданскому праву*. Москва: Статут.

Шорников, Д. (2006). О природных объектах, природных ресурсах и праве собственности, *Сибирский юридический вестник*, (6).

Шорников, Д. (2005). *Природные ресурсы как объекты гражданских прав*. Иркутск: Иркутский государственный университет.

Щенникова, Л. (1996). *Вещные права в гражданском праве России*. Москва: БЕК.

Fauna jako przedmiot praw cywilnych: w przedrewolucyjnym prawie cywilnym i dzisiaj

Streszczenie

Artykuł poświęcono analizie porównawczej świata zwierząt oraz obiektów tego świata w przedrewolucyjnym i współczesnym rosyjskim prawie cywilnym. Autor, analizując dzikie zwierzęta jako przedmiot praw cywilnych, wskazał, że są to – co

do zasady ruchome, oznaczone gatunkowo, zamienne i niepodzielne rzeczy, z których najczęściej czyni się użytek. Ponadto, autor uznał za właściwe klasyfikowanie obiektów świata zwierzęcego jako rzeczy prostych (uwzględniając przy tym uwagi poczynione w treści artykułu), które równocześnie, jako jedyny typ zasobów przyrodniczych, są rzeczami ożywionymi.

Obecnie obowiązujące prawo własności państwowej obiektów świata zwierzęcego jest w sensie faktycznym publicznym prawem państwa, opartym na jego zwierzchnictwie terytorialnym, suwerenności i innych publicznych kategoriach. Należy zdawać sobie sprawę z okoliczności, że z prywatnoprawną koncepcją prawa własności fenomen ten ma bardzo niewiele wspólnego.

Rozsądny wydaje się zatem powrót do korzystania z tych koncepcji, które stosowano w przedrewolucyjnym prawie cywilnym, a jeszcze wcześniej – w prawie rzymskim, w którym zwierzęta dzikie uważane były za rzeczy bezpańskie lub niczyje (*nullius in bonis*), jako że owe konstrukcje prawne z perspektywy prawa cywilnego cechuje większa spójność logiczna oraz są one bardziej sprawiedliwe z perspektywy współczesnej praktyki ochrony i wykorzystania obiektów świata zwierzęcego.

Słowa kluczowe: świat zwierząt, prawo cywilne, rzeczy, obiekty świata zwierząt, dzikie zwierzęta.

МАКСИМ ТИРСКИХ

Соотношение доктрин советской цивилистики 20–30-х годов XX века и развития политического режима

Relacja między doktrynami radzieckiej cywilistyki lat 20. i 30. XX wieku i rozwojem ustroju politycznego

Резюме

В статье рассматриваются проблемы развития цивилистических доктрин в Советской России в 20–30-е годы XX века. Автор указывает на основные направления научной дискуссии данного периода и определяет значение государственной идеологии в формировании доктрины советского гражданского права. Рассматривается дискуссия о существовании и природе хозяйственного права в Советской России и о возможности сосуществования хозяйственного права – основанного на командно-административных формах регулирования общественных отношений и гражданского права – сохраняющего черты классической цивилистики, в том числе диспозитивный метод правого регулирования данных правоотношений, свободу договора и иные принципы гражданского права.

Ключевые слова: гражданское право, хозяйственное право, политический режим, право собственности.

1. Введение

Цивилистика, традиционно является одним из нерушимых столпов права, основанных на естественно-правовых началах (автономии воли, свободы договора, абсолютного характера права собственности). Сложно представить такие изменения, которые могли бы пошатнуть эти основы гражданско-правового регулирования. Меду тем в истории России бал период, когда традиции русской цивилистической школы, построенной на началах римского классического права и работах таких выдающихся исследователей как Г.Ф. Шершеневич, И.А. Покровский, Л.И. Петражицкий и многих других постепенно заменялся на доктрины, совмещающие как гражданско-правовые начала, так и следование базовым установкам социального строя.

Между тем, данный процесс не был молниеносным. На протяжении 20–30-х годов XX века велась оживленная научная дискуссия, включающая как споры о судьбе основ гражданского права вообще, так и предложения по реформированию гражданского права в контексте социалистического пути развития общества. Несмотря на серьезный политический диктат, наблюдавшийся в стране, стремление зафиксировать значение марксистского учения для всех сфер жизни общества начало 20-х годов демонстрирует нам приверженность цивилистики Советской России традиций римского права и дореволюционной гражданско-правовой доктрины. Так, принятый в 1922 году Гражданский кодекс Российской Советской Федеративной Социалистической Республики (ГК РФСФР) (действовал до 1962 г.) свидетельствовал о крепких корнях российской цивилистики и приверженности научного сообщества общецивилистических ценностей.

Как отмечает В.В. Скитович „Кодекс 1922 г. представлял собой компиляцию, составленную частью из старых российских законов, частью из действующего законодательства некоторых западноевропейских стран. Он легализовал целый ряд институтов, которые в классической марксистской трактовке рассматривались как типично буржуазные; с данным обстоятельством ничего не могли поделать даже самые радикальные реформаторы правовой надстройки. Гражданское право, следовательно, стало самым, так сказать, буржуазным из всех.” (Скитович, 1993).

В.В. Скитович отмечает, что Гражданским Кодексом устанавливалась равная имущественная правоспособность. Ею наделялись все граждане республики, не ограниченные в правах в судебном порядке, в том числе и классово чуждые элементы. Ограничения в правах для таких категорий могли быть установлены только в отношении ряда

политических прав и содержались не в гражданском, а в уголовном законе.

„Получило юридическое признание право частной собственности, в объектном составе которой нашли свое место промышленные и торговые предприятия, орудия и средства производства, дававшие возможность их обладателям заниматься предпринимательской деятельностью. В этих же целях физические лица были наделены правом организовывать товарищества различных видов: простые, полные, товарищества с ограниченной ответственностью, товарищества по вере, а также паевые товарищества – акционерные общества. В экономику страны допускался заграничный капитал. Многие иностранные компании и фирмы вели в те годы в России хозяйственную деятельность на основании концессионных соглашений с правительством" (Скитович, 1993).

Таким образом, стартовые позиции советского гражданского права были далеки от дискриминационных начал, свойственных праву авторитарных или тоталитарных государств и в значительной мере сохраняли связь с базовыми принципами цивилистики, основанной на началах римского классического права.

Хотя и в дальнейшем советская цивилистика демонстрировала отдельные проявления стремления находиться в общем фарватере традиций цивилистики (что подтверждается, например, ратификацией СССР Женевской Конвенции о Единообразном Законе о простом и переводном векселе (1930 г.), вступившей в силу для СССР в 1937 году) доктрина советского гражданского права претерпела существенные изменения содержание которых и хотелось бы обсудить в рамках данной статьи.

2. Трансформация политического режима в 20–30-е гг. XX в.

Период 20–30-х гг. XX века являлся одним из самых наполненных в истории Советской России с точки зрения изменения политического режима. Политический режим, под которым в юридической науке, как правило, понимается совокупность методов, способов, средств и приемов осуществления государственной власти является неотъемлемым элементом формы государства. Трансформация политического режима является естественным процессом функционирования государства как политического образования и связана с изменениями отдельных аспектов политического, экономического, социального и культурного

развития общества. Изменение общественных отношений, происходящие в результате смены парадигмы социального развития (например, после социалистической революции 1917 г.) неизбежно привело к постепенному изменению политического режима.

Трансформация политического режима Советской России представляет собой постепенный переход от военного коммунизма (в рамках режима пролетарской диктатуры) начала 20-х годов XX века к Новой Экономической Политике (НЭП), осуществлявшегося в рамках формируемого авторитарного политического режима, к осуществлению индустриализации и формирования командно-административного механизма управления экономикой, сопровождавшийся постепенным установлением тоталитарного политического режима (сталинизма) в СССР в середине – конце 30-х годов XX века. При этом, важным представляется то, что все эти режимы экономической политики и политические режимы сопровождались безусловным доминированием марксистско-ленинской коммунистической идеологии в теории государственного строительства и идей социализма в управленческой практике. Постепенное изменение целей в экономическом развитии от преодоления постреволюционного товарного дефицита, потребовавшего проведение НЭП, к созданию сельского хозяйства, основанного на коллективной собственности на средства производства и не формировании структур коллективного ведения хозяйства (колхозов) и индустриализации промышленности, потребовали и изменения политического режима. Фактически либеральный авторитаризм, основанный на НЭПе и внутрипартийной дискуссии в Всесоюзной Коммунистической Партии (большевиков) [ВКП(б)] начала 20-х годов сменился, на фоне развития социалистической индустриализации СССР (после III Всесоюзного съезда Советов 1925 г.), административным авторитаризмом (пятилетние планы развития экономики и социальной сферы СССР, первый из которых был принят в 1928 году, создание Госплана СССР (1923 г.), проведение коллективизации сельского хозяйства, решение о которой было принято на XV съезде ВКП(б) в 1927 году). Впоследствии же, наращивание оборотов индустриализации в СССР потребовало формирования жесткой линии партии и повышения управляемости государством. Это привело к формированию специфического советского тоталитарного режима (сталинизм) постепенно *набиравшего обороты* в тридцатые годы и наиболее проявившийся в СССР в 1937–1938 гг. в период так называемого *Большого террора*. При этом, несмотря на развитие командно-административных принципов управления экономикой и тоталитарных тенденций в сфере государственного управления, в стране сохранялась, и даже увеличивалось,

число предприятий, основанных на совместной собственности трудящихся (артелей, кооперативов) в деятельности которых, вплоть до 60-х годов XX века наблюдались признаки предпринимательства.

Следует отметить, что Социалистическая Революция 1917 года и последующее укрепление институтов социализма не лишило советскую цивилистику стимула к комплексной проработке основополагающих вопросов гражданско-правового регулирования. В 20–30-е годы из под пера советских цивилистов выходят крупные произведения, по многим важным аспектом науки гражданского права. Речь в даном случае может идти о книгах К.М. Варшавского Подряды и поставки в Союзе ССР (1925 г.), А.Г. Гусакова Железнодорожное право по законодательству СССР (1929 г.), М.М. Агаркова Учение о ценных бумагах (1927 г.), работах И.Я. Хейфеца Авторское право (1931 г.) и Основы патентного права (1925 г.), В.И. Серебровского Наследственное право (1925 г.) и А.А. Бугаевского Советское наследственное право (1926 г.) и многих других произведениях. Таким образом, можно констатировать факт активного развития науки гражданского права в Советской России. При этом советская цивилистика не могла не замечать изменений политического режима. Учитывая то факт, что право является, с одной стороны орудием управления обществом, которое государственная власть применяет для решения необходимых политических задач, а с другой стороны естественным регулятором общественных отношений, укоренившимся в обществе и сдерживающим (в определенной мере) устремления власти по переформатированию политического пространства, изменение права в условиях трансформации политических режимов нужно считать вполне возможным и даже ожидаемым событием. Не может избежать такой участи (особенно в условиях формирования тоталитарного политического режима) и гражданское право.

3. Периодизация развития советского гражданского права в период трансформации политического режима в 20–30-е гг. XX в.

Анализируемый нами период в развитии доктрины советского гражданского права был насыщен серьезными тектоническими сдвигами, изменявшими основы гражданского законодательства. Так, например, О.А. Красавчиков выделяет четыре этапа становления советской гражданско-правовой науки:

1. период становления (1917–1922), к концу которого происходит переход к Нэпу, принятие ГК РСФСР, появление первых его комментариев и первых сравнительно крупных исследований гражданского законодательства;
2. период первоначального развития (1923–1936), который распадается на два этапа – „этап борьбы на два фронта" (1923–1928/30), т.е. с буржуазным и нигилистическим отношением к советскому гражданскому праву, и „этап хозяйственно-правовой концепции" (1928–1936/37);
3. период стабилизации (1936/37–1956), характеризующийся тем, что гражданско-правовой наукой были выброшены *за борт* буржуазные и мелкобуржуазные концепции, она стала целиком и полностью на прочные методологические рельсы марксизма-ленинизма, покончив с различного рода методологическими шатаниями;
4. период дальнейшего развития (начиная с 1956 г) (Красавчиков, 1961).

Таким образом, исходя из указанной периодизации на анализируемый нами период приходилось как минимум три этапа в рамках которых наблюдалось наибольшее стремление советской науки гражданского права черед тернии дискуссий в доктринальной сфере обозначить отношение советской юриспруденции к идеям социализма и их отображению в праве.

В советской правовой науке существовали и иные подходы к периодизации развития гражданского права как отрасти права и как особой юридической науки. Так, например, И.В. Павлов, имея в виду советскую юридическую науку в целом и относя данную периодизацию и к советской цивилистике полагал, что в ее истории могут быть выделены пять основных этапов: 1) с начала революции до 1925 г.; 2) с 1925 по 1930 г.; 3) с 1930 по 1936 г.; 4) с 1936 по 1952 г.; 5) с 1953 г. и в последующие годы (Павлов, 1957). На наш взгляд такой подход не обоснован. В промежутке между от 1925 до 1936 года он делит периоды развития советского права на практически равные участки по 5 лет, что является, безусловно, слишком большим допущением и предполагает, помимо прочего слишком поверхностное отношение к изменению в советской цивилистической доктрине, которая в данный период и подвергалась изменению однако в принципиально иные сроки, более объективно представленные в периодизации О.А. Красавчикова.

По мнению О.С. Иоффе периодизация советского гражданского права (в первые пол века его существования) должна включать пять

основных этапов, выделяемых в зависимости от особенностей развития гражданско-правовых, экономических отношений.

Первый этап – от победы революции 1917 г. до 1921 г., когда товарные отношения свелись к предельному минимуму и широкое распространение получила идея прямого (безденежного, бестоварного) распределения, а потому надобность в гражданском праве вовсе отрицалась.

Второй этап, с 1922 по 1928 г., когда массовидными становятся частнотоварные отношения, под углом зрения которых рассматриваются и имущественные отношения с участием государственных хозяйственных организаций, не опиравшиеся еще сколько-нибудь широко на акты планирования как на свое непосредственное юридическое основание, а вследствие этого преобладающе место в науке занимала меновая концепция.

Третий этап, с 1929 по 1937 г., когда на первое место выдвигаются планово-хозяйственные отношения между социалистическими организациями и их находящаяся под воздействием плана деятельность по обслуживанию населения при одновременном вытеснении из оборота частнотоварных отношений, что послужило почвой для утверждения в науке концепции хозяйственного права.

Четвертый этап, с 1938 по 1955 г., когда планово-хозяйственные отношения достигают такой степени зрелости, что все более явственно обнаруживается сочетание в них плановых и стоимостных начал, приводящее к переосмысливанию роли и назначения гражданского законодательства, к отказу от концепции хозяйственного права и переходу науки на позиции учения о едином гражданском праве социалистического общества.

Наконец, пятый этап, с 1956 г. и в последующие годы, когда в поисках оптимальных форм управления социалистическим хозяйством производится перестройка этого управления, которая, при всем разнообразии отдельных ее видов, преследует единую цель – превратить экономическую заинтересованность производственных коллективов в один из решающих мотивов их деятельности по выполнению народнохозяйственного плана. Это обусловливает усиление роли социалистических товарно-денежных отношений при правильном сочетании планирования с собственным почином исполнителей плана, но в то же время порождает еще более тесное, чем в предшествующие годы, органическое переплетение плановых отношений с отношениями стоимостными. В результате, наряду с упрочением теории единого гражданского права, появляются предпосылки, определенная оценка которых приводит в новых условиях

к возрождению в обновленном варианте теории хозяйственного права (Иоффе, 2000).

На наш взгляд такая классификация периодов развития советского гражданского права объективна и отражает основные тенденции в развитии цивилистики. Изменение подходов к организации народного хозяйства неизбежно приводили и к изменению режима управления экономикой (сопровождавшиеся и соответствующим изменением политического режима), такие изменения отражались как на содержании советского гражданского законодательства, так и на содержании правовой доктрины. Все рассмотренные подходы к периодизации, однако, наглядно свидетельствуют о том, что 20–30-е гг. XX века в советской цивилистике были годами активного становления законодательства и попыток в рамках научной дискуссии нахождения концептуальных основ цивилистического представления об основных институтах гражданского права.

4. Доктрина хозяйственного права в советской цивилистике 30–30-х гг. XX века и трансформация политического режима

Говоря об основополагающих доктринах советской цивилистики необходимо в первую очередь выделить дискуссию о природе гражданского права и выделении из его структуры специфического образования – хозяйственного права. Дело в том, что принципы социалистической экономики, основанной на тезисе об отсутствии частной собственности на средства производства, не позволяли в полной мере использовать базовые принципы цивилистики для регулирования общественных отношений в области промышленной деятельности и сельском хозяйстве. Между тем в некоторых областях гражданского права принципы классической цивилистики (закрепившиеся в российском гражданском праве еще с момента их фиксации в Своде законов Российской Империи, в том числе и как творческой переработки положений французского Гражданского Кодекса Наполеона 1804 г.) сохранили свое значение и действие. Так, сохранение традиций можно констатировать в отношении наследственного права, институтов гражданской правосубъектности и т.д. В результате советская цивилистика в средине 20-х годов пришла к осознанию необходимости внесения ясности в вопрос о том, сохраняются ли в советском государстве основополагающие принципы классической цивилистики,

или гражданское право должно следовать за общими тенденциями развития советского государства и права и изменить некоторые институты в связи с требованием идеологии социализма. В качестве выхода из дилеммы противоречия фундаментальных традиций гражданского права (классической цивилистики) и общих начал советского права (доктрина социализма) было предложено использовать концепцию *хозяйственного права*.

Дискуссия о концепции соотношения гражданского и хозяйственного права развернулась в советской цивилистике в промежутке 1929–1937 годов, обозначая движение советской науки гражданского права в фарватере социально-экономических преобразований советского общества. Гражданское право, каким оно было представлено не могло целиком и полностью находиться в рамках Гражданского кодекса РСФСР 1922 года, поскольку производственные отношения как в промышленности, так и в сельском хозяйстве были далеки от образцов традиционного цивилистического подхода. В результате дискуссия вылилась в необходимость констатации либо особого характера советского гражданского права, соответствующего идеям марксизма, либо дуализма гражданско-правового регулирования, сочетающего классические гражданско-правовые начала для правоотношений с участием частных лиц (граждан и артелей) и административно-управленческие начала в деятельности промышленных предприятий, и следовательно, необходимость отхода от гражданско-правовых основ и формирования специфического концепта *хозяйственного права* и в апофеозе предполагала принятие особого хозяйственного кодекса СССР. Данная дискуссия, продолжавшаяся 10 лет стала одной из наиболее значимых в советской цивилистике, а ее результаты стали краеугольным камнем последующей кодификации гражданского.

О.С. Иоффе отмечает, что в этот период „возникла необходимость иного подхода к определению сущности советского гражданского права. Начавшийся пересмотр ранее предложенных определений совпал по времени с возобновлением дискуссии об общем понятии права" (Иоффе, 2000).

Основой представлений о социалистическом гражданском праве являлось представление о том, что в основу отраслевых, цивилистических, исследований, должен закладываться тезис о рассмотрении гражданского (хозяйственного) права не как совокупность норм, а как системы юридически закрепленных общественных отношений.

При этом, как отмечает О.С. Иоффе круг этих отношений очерчивался не в духе меновой концепции (предложенной Е.Б. Пошуканисом в начале 20-х годов), а с совершенно иных позиций – с позиций теории

двухсекторного права, которую выдвинул П.И. Стучка, и теории единого хозяйственного права, разработанной Е.Б. Пашуканисом, Л.Я. Гинцбургом и рядом других советских ученых (Иоффе, 2000).

П.И. Стучка, защищая социалистическую сущность советского гражданского законодательства, отмечал одновременно наличие в нашей экономике двух разных секторов – частного и социалистического, поставленных перед двумя прямо противоположными перспективами. При этом по его мнению первый из названых секторов обречен на постепенное отмирание отмирание в связи с доминированием социалистических отношений. Второй же будет активно развивается и должен занять господствующее положение и в конце-концов стать проявлением экономической модели.

Соответственно двум этим экономическим секторам, по отношению к каждому из которых ставились различные задачи. П.И. Стучка в связи с этим выделял две отрасли права: гражданское, имеющее дело с частным сектором, и административно-хозяйственное, обращенное к сектору социалистическому.

По своей природе социалистическим является не только административно-хозяйственное, но и гражданское право, через которое проводится политическая линия Советского государства, направленная на ограничение и свертывание частного сектора. Но поскольку с упразднением частной собственности эта задача будет решена, то одновременно отомрет и гражданское право, тогда как административно-хозяйственное право будет развиваться и усиливаться по мере расширения и упрочения сектора социалистического (Стучка, 1931).

В противовес мнению П.И. Стучки, Л.Я. Гинцбург отмечал, что эти выводы опираются лишь на различия в подходе советского законодательства к разным секторам советского хозяйства, но они не учитывают единой хозяйственной политики СССР, соответствующей единству самой советской хозяйственной системы. Принципиальное же единство советского законодательств в области имущественных отношений заключается в том, что у него единый источник (диктатура пролетариата), единая цель (построение коммунистического общества), единая основа (социалистическая собственность, несмотря на сохранение остатков частной собственности) и единый подход к организации и регулированию отношений во всем народном хозяйстве. Необходимо поэтому не двухсекторное (гражданское и административно-хозяйственное), а единое хозяйственное право (Иоффе, 2000). При этом Л.Я. Гинзбург (в 1935 г.) указывал, что в хозяйственное право должны включаться и некоторые „рудиментарные" островки тех гражданско-

правовых институтов, которые и в новых условиях сохранили свое значение: право собственности граждан на средства потребления и некоторые орудия производства, наследственное право, договорные отношения в мелкотоварном и бытовом обороте и т.д (Пашуканис и Гинзбург, 1935).

Противоположное мнение было высказано Е.Б. Пашуканисом, по мнению которого право, регулирующее правоотношения имеет изначально социалистическую выраженность (Пашуканис, 1929). По его мнению, право не должно было рассматриваться исключительно как воля государств, как некоторое предписание, выраженное в законе. С точки зрения данного исследователя право это общественные отношения, обеспеченные позитивным предписанием, то есть правоотношение. Правоотношение это, по мнению Е.Б. Пашуканиса должно содержать в себе основы правовой идеологии марксизма. Это означает, что разделение права на гражданское и хозяйственное не имеет принципиального значения, поскольку оно имеет один корень, одно основание – советский социалистический правопорядок. В таком случае мнение Е.Б. Пашуканиса вступает в противоречие с позицией П.И. Стучки, полагавшем, что гражданско-правовой и хозяйственно правовой подходы к регулированию могут существовать при постепенном отмирании первого и усилении второго. Концепция унифицированной природы гражданских правоотношений, признававшая их бесспорно социалистический характер, полностью ликвидировала такой дуализм, объявляя де-факто гражданско-правовой подход не состоятельным. Несмотря на популярность такой точки зрения, ставившей во главу угла социально-политическую идеологию, гражданское право в его классическом *звучании* сохраняло свои позиции вплоть до 1938 года, когда в СССР начался период *новой кодификации* гражданского права.

При этом, обе концепции были вынуждены вступать в конфликт с еще одной правовой доктриной, имевшей не только гражданско-правовое, но и общеправовое распространение. Речь идет о доктрине *пролетарского права*, поддержанной известным советским ученым и государственным деятелем А.Я. Вышинским. Данная концепция предполагала, что пролетариат способен самостоятельно, в отрыве от других классов и социальных прослоек общества создавать право, которое отражало бы именно пролетарские интересы и опиралось на принудительную силу пролетарского государства. Такая концепция права опиралась не на социальный, а на формально-позитивистский подход к праву и встречала справедливую критику со стороны многих

выдающихся советских цивилистов. В частности тот же Е.Б. Пашуканис указывал, что пролетариат не создаёт принципиально новой правовой системы и принципиально нового типа права (в том числе и гражданского). По его мнению, право, как и государство, сохраняются, согласно марксистской теории, при социализме как пережитки буржуазного общества, буржуазных экономических отношений. Такое сохранение буржуазного права является, по сути, издержками переходного периода. При этом, такое право, даже в условиях пролетарского государства, имеет во многом буржуазный характер. Социализм в рамках своего развития и постепенного перехода к коммунизму должен был, с точки зрения апологетов марксизма обесценить и право и государство, как механизмы эксплуатации одного класса другим, а значит, после коренного изменения социального строя и создания бесклассового общества потребность в таких институтах как государство и право исчезнет. Представителями науки гражданского права идея пролетарского характера гражданского права не могла быть поддержана по двум причинам. Во-первых, институты гражданского права распространенны в Советской России с начала 20-х годов XX века мало чем отличаются от дореволюционных или аналогичных зарубежных, то есть весьма близки буржуазной трактовке гражданского права. Во-вторых, восприятие (понимание) таких институтов осуществлялось не исходя из специфических пролетарских терминологических и смысловых конструкций, а в общенаучном понимании, на гражданско-правовом языке западноевропейской цивилистики и традициях римского частного права. Заподозрить юристов Древнего Рима в формировании основ *пролетарского права* не представлялось возможным.

При этом, окончательное решение спора о дуализме или унитаризме советского гражданского права был решен только в 1958 году, когда Гражданский Кодекс вобрал в себя фактически все основные черты доктрины хозяйственного права в ущерб классической цивилистики.

На наш взгляд, столь длительное сохранение в гражданском праве Советской России черт классической цивилистики, вступающих в непримиримое противоборство с официальной идеологией авторитарного, а позднее и тоталитарного государства, свидетельствует о трех характерных особенностях советской науки гражданского права и практики гражданского регулирования.

Во-первых, изначально основанное на классических цивилистических началах, гражданское право не имело устойчивого идеологи-

ческого научного концепта. Воззрения ученых, напрямую увязывавших право с классовыми интересами простирались как правило на общенаучные проблемы, но не могли обосновать гражданско-правовую проблематику. В данной статье нами уже приводились рассуждения о доктринальном расхождении учений советской цивилистики и школы *пролетарского права*. Таким образом, до момента формирование развернутого базисного представления о гражданско-правовых институтах в условиях нового типа общества и заинтересованности в данных пролетариата не могло идти и речи от отказе от классических начал цивилистики.

В-вторых, в Советской России наблюдалось доминирование (по крайней мере в первые два десятилетия советской власти) специалистов, имевших классическое юридическое образование, чье становление в рамках познания гражданско-правовых институтов опиралось на традиции Свода Законов Российской Империи, европейских гражданских кодексов, трудов западноевропейских ученых.

Лишь уход с научной трибуны таких апологетов советской цивилистики как Е.Б. Пашуканиса (в ходе *Большой чистки* 1937 года) и П.И. Стучки и приход в науку большого числа новых ученых, воспитанных в духе юридического позитивизма, марксистско-ленинской доктрины, для которых постулаты классической цивилистики не казались уже столь незыблемыми.

Наконец, в-третьих, причиной устойчивости начал гражданского права были высокая эффективность норм гражданского права при одновременном не противоречии базовой идеологической доктрине. Существовавшие в рамках Кодекса 1922 года и других нормативных документов правила поведения вполне могли регулировать сложившиеся общественные отношения. Готовность цивилистов признавать справедливость марксистских тезисов о недопустимости частной собственности на средства производства, как первопричины возникновения классовой эксплуатации, снимала наиболее серьезные идеологические барьеры на пути действия Гражданского Кодекса и сохранения основ цивилистического подхода в регулировании гражданско-правовых отношений.

На наш взгляд, данные тезисы вполне обосновывают причины длительной сохранности большинства институтов гражданского права (*буржуазных* по своей природе) в советском законодательств и сложность доктринального решения задачи об унификации или дуализме гражданского права, хозяйственно-правовых началах в рамках гражданского права.

5. Доктрина понятия права собственности в советской цивилистике 20–30-х гг. XX в.

Еще одним аспектом деформации цивилистической доктрины в исследуемый период стало новое восприятие прав собственности. Одной из отличительных черт социалистического научного мировоззрения в области права является восприятие собственности на средства производства, как первопричины социально-классового неравенства, а, следовательно, и эксплуатации экономически господствующими классами экономически зависимых. С учетом нарастающего значения марксистской идеологии и социалистической практики экономического строительства не могло не поменяться представление ученых о праве собственности.

Общее определение права собственности впервые формулируется в легальных, а не научно-литературных источниках в ст. 58 ГК РСФСР 1922 г. Это определение гласило: „Собственнику принадлежит в пределах, установленных законом, право владения, пользования и распоряжения имуществом". Таким образом, данное определение мало чем отличается от классического восприятия собственности исходящего из основ римского классического права. Восприятие права собственности сквозь призму правомочий владения пользования и распоряжения не представляет, кажется, никакого повода для научной дискуссии, однако это не совсем так, поскольку в особой трактовке нуждаются как элементы права собственности, так и отсылка к пределам, установленным законом. Более того, упоминание о таких пределах ставят перед исследователями вопрос, а являлось ли право собственности в советский период абсолютным, либо оно могло быть ограничено или умалено в связи с наличием прав у иных лиц?

В научной же литературе на смену первоначальному стремлению использования данной легальной терминологической конструкцией пришла достаточно серьезная дискуссия, затронувшая как анализируемый период, так и более поздние сроки – 50-е годы XX века.

И.Б. Новицкий в комментарии, специально относящемся к законодательству о праве собственности указывал, что право собственности необходимо воспринимать как традиционное юридическое правило, не заключающее какого-либо специфического социального смысла (Новицкий, 1925). Такая точка зрения была весьма радикальной с позиций социалистического строя, когда большинство отношений описывалось исходя из классовых интересов.

В науке предпринимались попытки даже в границах охарактеризованной всеобщности обнаружить своеобразную сугубо пролетар-

скую устремленность, оторая по мнению комментаторов и проявляется в том, что привычную триаду прав, соединенную владением, пользованием и распоряжением, новый законодательный акт сопроводил словами – „в пределах, установленных законом" (Александровский, 1924). Однако таких специфических пределов права собственности в советском гражданском праве просто не было! Таким образом, любой тезис о специфичности содержания права собственности с ссылкой на правило о законодательном ограничении являлось в лучшем случае отсылкой к возможному будущему, а в худшем – бездоказательной попыткой найти классовые начала в классической формуле права собственности.

Между тем уже в середине 20-х годов стали появляться попытки нахождения особенностей советского права собственности не в текстуальной формуле, а в сущности данного явления. Первым такую особенность попытался представить П.И. Стучка. Этот автор, предложил специфику советского права собственности не в закрепленном ГК РСФСР общем понятии права собственности, а в новом общественном содержании, приобретенном каждым из элементов этого права в условиях утвердившейся пролетарской диктатуры.

Он обращал внимание в первую очередь на обновленность права владения, учитывая, что, согласно ст. 21 ГК РСФСР 1922 г., владение землей осуществимо не иначе, как на праве пользования, и значит, это право становится „единственным основанием частного обладания землей". Таким образом, П.И. Стучка, полагал, что свершилась „победа пользования" над подчинявшимся ему владением. Но эта победа ознаменовалась также коренным преобразованием самого права пользования в связи с введением „лишь трудового пользования по отношению к земле", распространением аналогичного принципа „на пользование небольшими домовладениями в лице трудящихся, заключающееся в использовании домовладения для жительства, а не в целях извлечения прибыли или получения дохода", признанием пользования „не только правом" (не неограниченным), но и „обязательностью", не говоря уже об „отсутствии у нас права злоупотребления пользованием или просто бесцельного уничтожения общественно необходимой или полезной собственности" (Стучка, 1931).

К общему объему изменений (исходя из формального и социального содержания) добавилось и решающее, с точки зрения П.И. Стучки, правомочие собственника – право распоряжения, которое не могло сохраниться в неприкосновенности, поскольку оказалось „более сужено не только в отношении объектов прав, но и цели отчуждения" (Стучка, 1931).

О.С. Иоффе пишет, что в этом контексте в дискуссии о природе права собственности начали доминировать две теоретические установки, входившие в противоречие друг с другом.

По его мнению: „Первая из них восходила к истокам меновой концепции. Ее сторонники вполне осознавали масштабы социальных сдвигов, обусловливаемых переворотом в отношениях собственности. Они расценивали также как не вызывающую сомнений диаметральную противоположность социалистической собственности всем остальным известным человеческой истории типам собственнических отношений. Однако право собственности получало на почве той же концепции совершенно иную обрисовку. Признавая всякое право продуктом товарного обмена, необходимым способом его опосредствования, обязательным орудием его закрепления, нужно было и на право собственности распространить аналогичное истолкование. Оно и представляло собой, по воззрениям Е.Б. Пашуканиса, не более, чем „личину", благодаря которой меновые отношения становятся возможными (Пашуканис, 1927). А пока сохраняется обмен товарами, та же самая „личина" продолжает действовать во всей своей принципиальной неизменяемости. Можно поэтому говорить о разных типах собственности, но отнюдь не права собственности. Лишенное какой бы то ни было мобильности, оно несовместимо с частноисторическими понятиями. Единственно научное – это всегда лишь общее понятие о праве собственности как важнейшем условии товарного обмена, как решающей предпосылке участия в меновых отношениях" (Иоффе, 2000).

Другая, прямо противоположная, теоретическая установка как отмечает О.С. Иоффе „порождена пришедшим на смену меновой концепции учением о едином хозяйственном праве". В то время, как меновая концепция, отстаивая трактовку права собственности в самом отвлеченном виде, не допускала образования частноисторических проприетарных понятий, теория единого хозяйственного права, наоборот, только такими понятиями и оперировала, не обращаясь вовсе при исследовании юридического института собственности к абстрактно сконструированным научным категориям. Хотя, например, в Курсе хозяйственного права и был выделен написанный Г.Н. Амфитеатровым специальный параграф о понятии права собственности, при ознакомлении с ним выясняется, что там определено не это, а совершенно иное понятие, обращенное не к юридическим отношениям, а к собственности как экономическому явлению (Пашуканис и Гинцбург, 1935). Но, уклонившись от определения права собственности вообще, Г.Н. Амфитеатров сформулировал по крайней мере общее понятие права частной собственности (Пашуканис

и Гинцбург, 1935). В отличие от этого, Л.Я. Гинцбург, опираясь всецело на правило ст. 52 ГК РСФСР о видах собственности в советском обществе и обойдя молчанием общую формулу ст. 58 ГК, в очевидном противоречии с нею утверждал, будто „уже гражданское законодательство первых лет НЭПа отказалось от единого понятия права собственности" (Пашуканис и Гинцбург, 1935). Не получая достаточного подкрепления в действовавшем тогда советском законе, этот вывод вместе с тем не расходился ни в малейшей степени с содержанием подготовившей его хозяйственно-правовой концепции того времени. Раз хозяйственное право не знало исторического аналога в прошлом и при многоукладности советской экономики цементируется лишь благодаря единству государственного руководства ею, то, следовательно, оно несет на себе не столько следы общности, сколько печать противопоставления. Там же, „где нет общности, возможны только частные и полностью исключены общенаучные понятия" (Иоффе, 2000). На наш взгляд, такая дихотомия в теоретическом восприятии права собственности (а точнее природы отношений, порождающих право собственности) вполне отражает существо научной дискуссии о природе гражданского права как такового. Исходя из разности представлений о природе экономических отношений в эпоху социализма возникает вполне естественное пространство дискуссии и касательно одного из наиболее значимых гражданско-правовых институтов – института права собственности, являющегося краеугольным камнем всех вещных прав. Указанная дихотомия, строившаяся вокруг представлений П.И. Стучки и Е.Б. Пашуканиса фактически (как и в случае с представлением о хозяйственном праве) оказалась доминирующей для всей последующей советской цивилистики, когда ученые, используя данные начальные постулаты рассуждений в большей мере лишь уточняли особенности института права собственности, а не вносили координатных изменений в ее понимание.

В более поздние периоды существовали и другие подходы. Так, М.С. Липецкер писал, что „правом собственности в объективном смысле называется вся система мероприятий, проведенных господствующим классом для закрепления и охраны существующей формы общественного присвоения предметов природы", тогда как „правом собственности в субъективном смысле называются правомочия отдельных членов общества в области владения, пользования и распоряжения имуществом, вытекающие из объективных правовых норм" (*Гражданское право*, 1938).

Еще одним важнейшим вопросом, касающимся института права собственности стала дискуссия о единстве и дифференциации права

собственности. Причиной этому было то, что с теоретической точки зрения право собственности является сочетанием трех элементов – владения, пользования и распоряжения. Несмотря на разность в восприятии данных элементов права собственности, они не представляют повода для какой либо дифференциации в отличие от попыток разграничения отдельных видов права собственности, в том числе таких привилегированных, как „государственная собственность" и „коллективная собственность".

О.С. Иоффе пишет по этому поводу Начиная с времен первой кодификации советского гражданского законодательства, а затем после второй его кодификации, воплощенной в действующих Основах и кодексах, право собственности конституируется с опорой на соответствующее ему законодательно закрепленное общее понятие. Подводимые под это понятие научные конструкции непрерывно обновлялись. Но, как свидетельствует сопоставление ст. 58 ГК РСФСР 1922 г. со ст. 19 Основ гражданского законодательства 1961 г., легальное его формулирование оставалось неизменным. Оно не менялось, несмотря на то, что, вместо многоукладной, в стране создается единая социалистическая экономика, а одновременно с ликвидацией одних типов собственности безоговорочно утверждаются другие. И хотя такая ситуация оставляет впечатление внешней противоречивости, она безусловно оправдывается неумолимой внутренней логикой. Если нельзя обойтись без общего понятия права собственности, применимого к разным формациям, то тем более неоспорима потребность обобщенного выражения разных видов этого права, сопутствующих одному и тому же обществу, а следовательно, проистекающих из единого государственно-волевого источника. Что же касается обеспечиваемого подобным образом практического эффекта, то „достаточно сослаться на содержащееся в законе общее разрешение таких связанных с правом собственности вопросов, которые, как, например, вопрос о моменте перехода этого права или о некоторых способах его защиты, при всей разнохарактерности реальных собственнических правоотношений вполне допускают единообразное их урегулирование" (Иоффе, 2000).

Дифференциация права собственности в советском гражданском праве развивалась поэтапно. По мнению О.С. Иоффе она содержала в себе четыре стадии (Иоффе, 2000).

Первая стадия совпадает с проведением первой кодификации советского гражданского законодательства, в которой различалась собственность государственная, кооперативная и частная (ст. 52 ГК РСФСР 1922 г.). Аналогичная классификация проводилась и в юри-

дической литературе 20-х годов. Отступления от нее допускали лишь те авторы, которые, выявляя специфические признаки кооперативной собственности, все же не находили коренных ее отличий от собственности частной либо в полном объеме, либо в границах образуемого кооперативными организациями паевого фонда.

Вторая стадия открывается принятием Конституции СССР 1936 г., ст. 5, 7, 9 и 10 которой провозгласили существование в нашей стране социалистической собственности в двух формах (государственной и кооперативно-колхозной), личной собственности колхозного двора и отдельного гражданина, собственности мелких частных хозяйств единоличных крестьян и кустарей.

Третья стадия начинается с момента издания Основ гражданского законодательства, воспроизведших перечень тех же видов собственности, которые фигурируют в Конституции СССР 1936 г., но разграничивающих уже не две, а три формы социалистической собственности, выделив в особую форму, наряду с государственной и кооперативно-колхозной, также собственность профсоюзов и других общественных организаций (ст. 20, 24).

Наконец, четвертая, заключительная стадия, по мнению О.С. Иоффе обусловлена принятием Конституции СССР 1977 г. Она также относит к социалистической собственности имущество профсоюзов и других общественных организаций, подчеркивая, однако, что „основу экономической системы СССР составляет социалистическая собственность на средства производства в форме государственной (общенародной) и колхозно-кооперативной собственности" (ст. 10). Не упоминается в ней собственность мелких частных хозяйств единоличных крестьян и кустарей, а речь идет лишь о допущении индивидуальной трудовой деятельности в сфере кустарно-ремесленных промыслов, сельского хозяйства, бытового обслуживания населения и др. (ст. 17).

Таким образом, можно констатировать факт, что в 20–30-е гг. XX в. постепенно изменялись как взгляды на понимание права собственности в рамках двух „магистральных" концепций, так и мнения ученых о единстве и дифференцированном характере права собственности. Динамика изменений законодательства и научной доктрины показывает, что в советской цивилистике с укоренением авторитарных, а впоследствии и тоталитарных тенденций в политическом режиме, наблюдалось все большее укрепление правовой защиты государственной собственности при сравнительно нейтральном отношении права к частной собственности граждан.

6. Заключение

Таким образом, анализ развития цивилистических доктрин в Советской России показывает, что трансформация политического режима по пути от диктатуры пролетариата и либерального авторитаризма начала 20-х годов к тоталитарному (сталинскому) режиму конца 30-х годов XX века наблюдается постепенное затухание научной дискуссии как о предмете и принципах гражданско-правового регулирования, так и об отдельных институтах. При этом наблюдается ответное усиление хозяйственно-правовых, командно-административных черт в гражданском законодательстве, наблюдаются отдельные признаки уменьшения гражданских свобод, равенства между частным и публичным интересом в частноправовых отношениях. При этом нельзя не отметить, что советское гражданское право было единственной отраслью права в наименьшей степени подвергавшейся изменениям в процессе постепенного преобразования права в угоду формируемому политическому режиму. Этот интересный феномен, описанный нами ранее, между тем имеет универсальное значение и показывает, что в тех секторах права, где воля государства изначально не имела доминирующего характера, а вынуждена была соотносить свои стремления с устоявшейся практикой хозяйственной деятельности и нуждами реальной экономики. При этом гражданское право не посягало ни на механизм управления государством, ни на идеологические основы, а значит, могло рассматриваться как временно-допустимое явление.

Биографическая аннотация:

кандидат юридических наук, профессор кафедры международного права и сравнительного правоведения Юридического института Иркутского государственного университета.

Литература

Александровский, С. (1924). *Очерки по гражданскому праву РСФСР*. Москва: Юрид. изд-во НАРКОМЮСТА РСФСР.

Гражданское право. (1938). Коллектив ВИЮН. В 2-х т., т. 1. Москва: Юриздат.

Иоффе, О. (2000). *Гражданское правоотношение. Критика теории „хозяйственного права"*. Москва: Статут.

Красавчиков, О. (1961). Советская наука гражданского права. (Понятие, предмет, состав и система). Свердловск.

Новицкий, И. (1925). Право собственности. Субъекты, объекты, содержание и защита права собственности. Право общей собственности (Комментарий к ст. 52–65 Гражданского Кодекса). **Москва:** Право и Жизнь.

Павлов, И. (1957). Развитие советской правовой науки за сорок лет. *Советское государство и право,* (11), 30–49.

Пашуканис, Е. (1929). *Общая теория права и марксизм*. Москва: Изд-во Ком. Акад.

Пашуканис, Е., Гинцбург, Л. (1935). Курс советского хозяйственного права. Москва: Соцэкгиз.

Скитович, В. (1993). Гражданское законодательство советского периода: Опыт историко-правового анализа. Правоведение, (4), 112–117.

Стучка, П. (1931). Курс советского гражданского права. Москва.

Relacja między doktrynami radzieckiej cywilistyki lat 20. i 30. XX wieku i rozwojem ustroju politycznego

Streszczenie

W artykule poruszono problemy rozwoju doktryn cywilistycznych w Rosji Radzieckiej na przełomie lat 20. i 30. XX wieku. Autor wskazał główne kierunki w dyskusji naukowej, a także określił wpływ ideologii państwowej na formułowanie doktryn radzieckiego prawa cywilnego. Ponadto, przedstawił problem istnienia oraz natury prawa gospodarczego w Rosji oraz możliwości współfunkcjonowania prawa gospodarczego – opartego o zespołowo-administracyjne formy regulowania stosunków społecznych i prawa cywilnego – zachowującego cechy klasycznej cywilistyki, w tym także dyspozytywny sposób prawnego regulowania stosunków prawnych, swobodę umów oraz inne zasady prawa cywilnego.

Słowa kluczowe: prawo cywilne, prawo gospodarcze, ustrój polityczny, prawo własności.

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIWERSYTETU IM. ADAMA MICKIEWICZA W POZNANIU
UL. FREDRY 10, 61-701 POZNAŃ
www.press.amu.edu.pl
Sekretariat: tel. 61 829 46 46, faks 61 829 46 47, e-mail: wydnauk@amu.edu.pl
Dział sprzedaży: tel. 61 829 46 40, e-mail: press@amu.edu.pl

Wydanie I. Ark. wyd. 43,00. Ark. druk. 46,00.

DRUK I OPRAWA: EXPOL, WŁOCŁAWEK, UL. BRZESKA 4