

Социально-гуманитарный институт

Юзеф Лившиц



Актуальные вопросы частного и наказательного права

Таллинн 2010

Содержание

	стр
Предисловие.....	3
1. Законные основания предварительной стадии заключения договора.....	4
2. Юридическая природа коммерческого договора по праву Эстонии.....	17
3 Ограничение прав лица, занятого хозяйственной или профессиональной деятельностью, в целях защиты прав потребителей по современному гражданскому праву Эстонии.....	20
4. Об использовании Обязательственно-правового закона в целях регулирования трудовых отношений.....	22
5. Трудовой договор и договор поручения	29
6. Проблемы юридического лица как субъекта ответственности по Karistusõigus.....	36
7. Инновационное право и правовые инновации.....	40
8. Наказательная альтернатива.....	50
9. Криминализация бизнеса.....	58
10. Защита кредитора наказательным правом Эстонии как правоприменительная и правотворческая проблема (в соавторстве с Л. Оловянишниковым).....	61
11. Реформа уголовного права Эстонии: виновное деяние и его состав.....	65

Предисловие

Сборник содержит материалы, когда-то и где-то опубликованные. Большой частью - в изданиях Эстоно-Американской бизнес академии (ЕАВА) и Социально-гуманитарного института (СГИ). Имеются в виду доклады на научных конференциях и статьи в «Ученых записках». Одна статья и доклад на международной конференции увидели свет в России

Тематика сборника такова, что ее без оговорок можно считать актуальной, когда бы в течение последнего десятилетия материалы ни были первоначально опубликованы.

Собрать все это в общую книгу мне показалось полезным по совету одного студента-дипломника. Он пожаловался на трудности в получении информации на русском языке по теме своей итоговой работы. Когда же мной было предложено посмотреть кое-что в материалах научных конференций ЕАВА, в ответ было сказано, что лучше было бы в библиотеке СГИ иметь пособие, которое сделало бы искомую информацию более доступной для тех, кто в ней нуждается.

Из оглавления уже можно понять, что включенные в сборник материалы не объединены никакой общей идеей, а единственной их основой можно считать имя автора. Тем не менее, все же весь массив распадается на определенные группы.

Первая из них охватывает вопросы обязательственного права. Они освещены в таких работах, как «Законные основания предварительной стадии заключения договора», «Юридическая природа коммерческого договора по праву Эстонии», «Ограничение прав лица, занятого хозяйственной или профессиональной деятельностью, в целях защиты прав потребителей по современному гражданскому праву Эстонии».

Вторая группа содержит публикации, имеющие отношение, как к обязательственному, так и к трудовому праву. Речь идет о статьях «Об использовании Обязательно-правового закона в целях регулирования трудовых отношений» и «Трудовой договор и договор поручения (в соавторстве с Т. Калин)»

Третья группа представлена работами по наказательному праву, криминологии, социологии наказательного права. Таких работ – большинство. Это «Проблемы юридического лица как субъекта ответственности по Karistusõigus», «Инновационное право и правовые инновации», «Наказательная альтернатива», «Криминализация бизнеса», «Защита кредитора наказательным правом Эстонии как правоприменительная и правотворческая проблема (в соавторстве с Л. Оловянишниковым)», «Реформа уголовного права Эстонии: виновное деяние и его состав»

Последняя из названных статей опубликована в России и представляет собой сокращенный текст некоторых лекций, содержащихся в книге «Преступление как виновное деяние: состав, противоправность, вина», адресованный российскому читателю. Для наших студентов этот материал дает возможность получить требуемую информацию в более лаконичном варианте, чем тот, который представлен книгой.

1. Законные основания предварительной стадии заключения договора

Гражданско-правовой договор может быть заключен разными способами. Когда предмет договора представляет значительную материальную ценность и важность для контрагентов по сделке, заключение договора требует особой тщательности и в целом, и в его многочисленных деталях. При таких ситуациях возникает необходимость в предварительной стадии заключения договора.

Правда, закон на такую необходимость никак не реагирует. Он не содержит в своих нормах каких-либо гипотез относительно того, когда следует прибегать к преддоговорной деятельности. Все отдается на усмотрение сторон. Лишь логика последовательности норм Обязательственно-правового закона (ОПЗ)¹ об общих положениях для договоров (глава 2, раздел 1) может навести на мысль, что с точки зрения законодателя – это не совсем обычный способ заключения договора. Нормы о предварительной деятельности (§ 14 – преддоговорные переговоры и § 33- предварительный договор) помещены после того, как предусмотрены общие правила заключения договора путем представления оферты и ее акцепта. Причем правила оферты и акцепта представлены такими мельчайшими подробностями, что по своей краткости и простоте нормы о преддоговорных переговорах и предварительном договоре не идут с ними ни в какое сравнение.

Договоры могут заключаться при самых разнообразных обстоятельствах.

В розничной торговле и при предоставлении услуг, когда одной из сторон выступает потребитель, а другой – лицо, занятое хозяйственной или профессиональной деятельностью (в том числе и предприниматель), обычно заключение договора является простой процедурой. Покупатель в магазине оплачивает в кассе выбранный им товар, пассажир автобуса покупает проездной билет т.п. Подобного рода договоры содержат типовые (общие) условия, пользователем которых является одна сторона, а другой ничего остального не остается, как согласиться с этими условиями или отказаться от заключения договора, если условия не устраивают эту сторону. (См. ОПЗ гл. 2, разд. 2). Причем, в силу жизненных обстоятельств зачастую отказаться от заключения такого договора практически нет возможности (скажем, при пользовании электричеством в городских условиях). Ни покупатель, ни пассажир, ни заказчик в приведенных примерах не участвуют в выработке договора, в согласовании его положений для обеспечения своих интересов.

Эта внешняя простота процедуры заключения договора для потребителя может обернуться серьезными потерями, если пользователь типовых условий свое преимущество употребит во вред клиенту. Чтобы

¹ RT 1, 2001, 81, 487.

хоть как-то блокировать такую опасность, ОПЗ (§ 42) содержит 37 пунктов, которыми устанавливаются основания для признания типового условия ничтожным (т.е. изначально недействительным), если им неразумно причиняется вред другой стороне договора, в том числе и на стадии заключения договора². Такая защита прав навеяна Директивами Европейского Союза³ и Законом об общих условиях сделок ФРГ от 9.12.1976 г.

Типовые договоры или договоры с типовыми условиями по массовости распространения не имеют себе равных. Они встречаются во всех основных видах повседневной жизнедеятельности сотен тысяч эстонских жителей. Недостаток этих договоров, заключающийся в предположении, что типовое¹ условие не оговорено отдельно (ОПЗ § 35 ч. 2), хоть как-то компенсируется, в частности, для потребителя, простотой их заключения при отсутствии предварительной стадии договорного процесса, в ходе которой стороны договора согласовывали бы свои позиции.

Типовые (общие) условия и договоры – это только один из примеров отсутствия предварительной стадии заключения договора. Можно было бы привести и другие, особенно почерпнутые из практики деловых отношений предпринимателей с потребителем.

Но, если взять такой аспект, как договоры, заключаемые предпринимателями друг с другом, то тут предварительная стадия договорного процесса - явление типичное.

Правда, необходимо видеть существенную разницу между фактической и юридической стороной дела. Фактическая подготовка к заключению договора может иметь место в значительно большем числе случаев, чем те, которые подпадают под регулирующее действие правовых норм. Даже при заключении типового договора или договора, содержащего типовые условия, приходится нередко проводить значительную предварительную работу. Подготовка к заключению типового договора имеет место, как у пользователя договора, так и у другой стороны договора. На пользователя ложится бремя предварительной разработки условий договора, ему приходится заниматься рекламой и многими другими маркетинговыми делами, которые предшествуют моменту заключения договора. Другая же сторона договора часто вынашивает планы покупки или получения услуги, берет кредит, заручается гарантией или поручительством, делает выбор между конкурирующими пользователями условий и осуществляет массу других дел, особенно, когда приходится приобретать ценные вещи, вещи в большом количестве или пользоваться дорогостоящей услугой.

² Об этом подробнее см. Ю. Лившиц. Физическое лицо в гражданском и коммерческом праве. Таллинн: Социально-гуманитарный институт. 2003, сс..214-216

³ См. Указ. Соч., с. 195

Отдельные из перечисленных обстоятельств имеют свое правовое основание (как, например, нормы Закона о рекламе, или нормы ОПЗ, регулирующие договор займа и кредитные договоры), но оно относится к предварительной деятельности по заключению основного договора лишь косвенно, а не прямо.

Другие обстоятельства, важные в маркетинговом и житейском смыслах, вообще находятся вне зоны правового воздействия.

Юридически значимая предварительная стадия, хотя и представляет этап договорного процесса, не относится к непосредственному заключению договора. Для нее установлены свои требования. Она должна:

- поддаваться гражданско-правовому регулированию, проявлением чего должно быть наличие в гражданском законодательстве норм, содержащих правила для этой стадии;
- охватывать правовое регулирование поведения, по крайней мере, двух лиц как участников договорного процесса
- предшествовать заключению договора.

Что касается двух последних положений, то, хотя у каждого из них существуют некоторые свои проблемы (например, объяснение того, почему оферта не может быть отнесена к институту предварительной стадии заключения договора, а является важным элементом процесса, направленного на заключение основного договора), но, в общем и целом, эти признаки очевидны сами по себе.

Поэтому подробнее рассмотрим лишь первый из названных признаков.

На предварительную стадию как своим названием (преддоговорные переговоры), так и содержанием, в первую очередь указывает § 14 ОПЗ. Часть первая параграфа точно определяет, кому он адресован. А именно: лицам, ведущим преддоговорные переговоры или иным образом подготавливающим заключение договора. Тем самым ОПЗ снимает время от времени возникающий вопрос о правомерности выделения преддоговорной стадии договорного процесса. Эта стадия существует не только фактически, но и признана законом.

Кроме того, что рассматриваемая норма фиксирует возможность юридически значимой стадии договорного процесса, она указывает на один из двух способов протекания этого процесса. Часть первая § 9 ОПЗ устанавливает, что договор заключается путем предоставления оферты и ее акцепта, а также путем иного обмена взаимными волеизъявлениями при достаточной убежденности в достижении сторонами договора согласия. У договоров, заключаемых путем «оферты-акцепта» имеются свои отдельные представительства, выделяемые законом. Речь идет о заключении договора на торгах, о типовом договоре (договоре с типовыми условиями), о коммивояжерских договорах, о договорах по передаче предметов или оказании услуг, заключенных при помощи средств связи. Что же касается «иного обмена взаимными волеизъявлениями», то в ОПЗ

называются лишь преддоговорные переговоры и предварительный договор.

Правила преддоговорных переговоров, пусть и сформулированные в самом общем плане, имеют свое правовое содержание.

Участники переговоров должны в разумных пределах учитывать интересы и права друг друга. Сведения, представляемые лицами друг другу в ходе переговоров должны быть достоверными.

Учет взаимных интересов на преддоговорной стадии – непреложное условие договорных отношений. Договор потому так и называется, что стороны, имеющие изначально не совпадающие интересы, должны договориться, как их сбалансировать. Нельзя, конечно, исключать и такого варианта, что одна сторона переговоров оказывается настолько зависимой от другой, что волей-неволей будет вынуждена подчинить свои интересы интересам более сильной стороны. Или такого развития событий, когда кем-либо будут предоставлены недостоверные сведения. В этих случаях необходимо учитывать, что согласно параграфам раздела 2 главы 5 Закона об Общей части гражданского кодекса (ЗОЧГК) ⁴ при заблуждении, обмане, угрозе и насилии, использовании тяжелых обстоятельств, сделка может быть аннулирована. Зависимое положение при переговорах, отразившееся на содержании договора, влечет за собой возможность признания такого договора недействительным. Поиск компромисса – в этом смысл преддоговорных переговоров. При этом стороны переговоров должны руководствоваться общим принципом обязательственного права – принципом разумности (ОПЗ § 7), означающего обеспечение в договоре интересов каждой из сторон с тем, чтобы эти интересы не подрывались достигнутым соглашением.

Лица не могут вести переговоры недобросовестно, в первую очередь без желания заключить договор, а также недобросовестно прерывать переговоры.

К преддоговорным переговорам применен и другой принцип обязательственного права – принцип добросовестности. Этот принцип поставлен законом на высокий пьедестал. Ему придана такая юридическая сила, которая позволяет не применять к обязательственным отношениям положения, вытекающие из законов, обычаев или сделок, если их применение считалось бы неприемлемым с точки зрения принципа добросовестности (ОПЗ § 6, ч. 2).

Недобросовестным на стадии предварительных переговоров считается, как ведение переговоров без цели заключить договор, так и недобросовестный прерыв переговоров. Первое, например, происходит при переговорах, ведущихся ради заключения мнимой или притворной сделки. Согласно § 69 ЗОЧГК мнимой или притворной сделкой является сделка, в отношении которой стороны договорились о том, что волеизъявления при совершении сделки не имеют соответствующих выраженной воле юридических последствий, так как стороны желают

⁴ RT 1.2002, 35.,216

создать впечатление о наличии сделки либо прикрыть сделку, которую они действительно намерены совершить. Такая сделка является ничтожной (ЗОЧГК § 84, ч. 1). Соответственно и подобного рода переговоры перечеркиваются самим фактом ничтожности сделки, ради которой эти переговоры велись.

Прерыв переговоров означает их временное приостановление с последующим продолжением после отпадения обстоятельства, вызвавшего прерыв. Прерыв переговоров может произойти по разным причинам. Недобросовестность называется законом единственным фактором, который приводит к признанию прерыва обстоятельством, перечеркивающим все, что было достигнуто на переговорах в целом.

Участвующее в переговорах лицо должно уведомить другую сторону обо всех обстоятельствах, к которым другая сторона имеет очевидный существенный интерес. Не требуется уведомление об обстоятельствах, уведомления о которых другая сторона не может разумно ожидать.

Сказанное ранее в принципе важно и для понимания характера и объема той информации, которой стороны обмениваются в процессе переговоров. С одной стороны, такая информация должна быть существенна с учетом целей переговоров. Но с другой, - она должна быть в пределах ожидаемого. Так что с точки зрения закона требование передачи информации, выходящей за пределы непосредственного предмета переговоров, или, во всяком случае, не связанной с этим предметом, не может быть оправдано, а, следовательно, отказ в предоставлении такой информации не может влечь за собой никаких правовых последствий.

Если лицу, участвующему в преддоговорных переговорах, было сообщено об обстоятельствах, не подлежащих разглашению, то оно не вправе, независимо от того, заключен договор или нет, разглашать эти обстоятельства другим лицам и использовать их недобросовестно в своих интересах.

Данная норма является единственной в своем роде. Установленный ей запрет на разглашение полученной в ходе переговоров информации, не подлежащей разглашению, не прекращает своего действия при безрезультатности переговоров. Даже, если договор не будет заключен, требование не распространять такую информацию сохраняет свою силу. Такой выход за пределы договорных отношений обусловлен конституционной нормой, которая обязывает каждого, пользующегося своими правами и свободами и исполняющего свои обязанности, уважать и учитывать права и свободы других людей (Конституции Эстонской Республики § 19).

Если ведущие преддоговорные переговоры лица не приходят к согласию, то из переговоров для них не вытекает правовых последствий.

Поскольку переговоры проводятся с целью заключения договора, то полученная при этом информация, обещания, уступки, прогнозы и т.п. имеют значение лишь в случае достижения сторонами соглашения. При противоположном исходе переговоров все, что с ними связано,

нивелируется. Предварительная стадия не имеет никакого самостоятельного правового смысла помимо договора, ради заключения которого она предусматривается законом. На этой стадии стороны еще не принимают на себя никаких обязанностей, равно, как и не приобретают никаких прав в связи с предметом переговоров.

Подчас переговоры оформляют протоколом о намерениях. Этот протокол - дитя обычая, а не закона, так как законом он не предусмотрен. Поэтому комментируемая сейчас часть 3 параграфа 14 ОПЗ с ее императивной формулировкой об отсутствии правовых последствий от переговоров при недостижении сторонами соглашения исключает в последующем использование протокола о намерениях как документа, основанного на обычае. Известно, что обычай не может изменить закон (ЗОЧГК § 2, ч. 2).

Требования к преддоговорным переговорам, содержащиеся в § 14 ОПЗ, можно рассматривать как содержание диспозиций соответствующих частей этой статьи. Однако в статье не упомянуты санкции за невыполнение этих требований. Остается открытым вопрос о правовых последствиях нарушения норм закона для стороны переговорного процесса, допустившей такие нарушения.

Однако, то, что санкция прямо не сформулирована в тексте закона, не означает, что ее нельзя вывести из смысла правовых норм. Очевидно, можно говорить о том, что правовым последствием нарушений этих норм должен быть запрет ссылаться на материалы предварительных переговоров при толковании содержания договора, если у его сторон возникают разногласия в понимании смысла как договора в целом, так и отдельных его фрагментов. Согласно п.1 ч.5 § 29 ОПЗ при толковании договора в первую очередь среди прочих обстоятельств необходимо учитывать и обстоятельства заключения договора, включая преддоговорные переговоры. Поскольку на стадии преддоговорных переговоров стороны еще не считаются связанными взаимными волеизъявлениями (что еще предстоит им сделать при заключении договора), то нарушения, допущенные одной стороной, не могут повлечь аналогичные правовые последствия для другой стороны переговоров. Это значит, что запрет ссылаться на материалы переговоров для выяснения воли сторон при его заключении распространяется лишь на сторону, нарушившую правила § 14 ОПЗ, и не действует в отношении стороны, не допускавшей нарушений. К данному случаю не может быть применено положение о ничтожности сделки по причине нарушения закона, так как сделка не имела места, а была лишь предварительная стадия ее двухсторонней разновидности (договора).

Рассматриваемая стадия заключения договора может быть представлена и предварительным договором. Его смысл и назначение состоит в том, чтобы создать значительно большую определенность во взаимоотношениях сторон, чем при преддоговорных переговорах. Если преддоговорные переговоры открывают договорный процесс, то

предварительный договор приближает этот процесс к стадии заключения договора и содержит контуры будущего договора. Предварительный договор, - указывается в части 1 § 33 ОПЗ, - это соглашение, которым стороны обязуются в будущем заключить договор на условиях, оговоренных в предварительном договоре.

Речь идет об относительно новом, определяемом законом, институте договорного права. Это не значит, что до вступления в силу ОПЗ, предварительный договор не был известен договорной практике. Дело обстоит, скорее всего, наоборот. Именно благодаря тому, что предварительный договор получил большое практическое распространение, его признал и законодатель.

То, что ранее предварительный договор не был признан законом, а регулировался сложившимися обычаями и практикой коммерческих отношений, породило целый ряд спорных вопросов.

Поясним ситуацию одним примером

Таллиннский городской суд в начале апреля 2001 года рассмотрел иск Николая Васильева против АО «Куртис»¹ В решении суда претензии истца были изложены следующим образом.

Согласно исковому заявлению требование истца исходит из так называемого предварительного договора купли-продажи, заключенного 07.10.1996 года между АО «Родэф» и АО «Куртис», и приложения к этому договору - соглашения, заключенного 11.04.1997 года. 10.09.1999 АО «Родэф» уступило свое право требования истцу. Согласно упомянутому договору ответчик обязался продать АО «Родэф» находящийся на ул. Суур-Паала 5 арматурный цех с оборудованием стоимостью 1 250 000 крон, а АО «Куртис» обязалось до оформления договора купли-продажи уплатить истцу на основании согласованного сторонами графика аванс в сумме 1 000 000 крон, а также купить названный объект. АО «Родэф» уплатило истцу аванс деньгами и в виде поставок изделий - металлической арматуры. В дальнейшем ответчик отказался от оформления договора купли-продажи на условиях, предусмотренных предварительным договором, и частично возвратил деньги, удержав из аванса, уплаченного ответчику, 368 401 крону. Данная сумма содержит штраф 125 000 крон за отказ от заключения договора, интресс 125 782,40 крон, пени 113159 крон за несоблюдение сроков оплаты и 4 460,40 крон в качестве платы за использованную электроэнергию.

Истец считает деятельность ответчика противозаконной и обосновывает следующими обстоятельствами. Предварительный договор, заключенный 07.10.1996, по мнению истца, недействителен с самого начала, т.к. заключение предварительного договора продажи не основано на законе. Упомянутый предварительный договор по своему существу является договором купли-продажи недвижимости. Согласно ст. 119 ЗВП такие договоры должны быть заверены нотариально. Согласно ч.3 ст.93 ЗОЧГК при несоблюдении требования закона о нотариальном удостоверении сделки она считается ничтожной и, следовательно, недействительной с самого начала. Согласно ч.3 ст.66 ЗОЧГК стороны должны вернуть всё полученное по ничтожной сделке, АО «Родэф» вернуло ответчику всё имущество, которое использовало. А ответчик вернул АО «Родэф» только часть денег, полученных на основании вышеназванного договора. Истец считает, что АО «Родэф» не нарушило условий предварительного договора и уплатило за объект купли-продажи предусмотренный аванс в размере 1 000 000 крон. Часть из этой суммы - 300 000 уплатил покупатель поставками металлической

¹ Гражданское дело №2/3/20-1932/00

арматуры, и такой зачёт произошёл по инициативе ответчика. По мнению истца, применение интереса ответчиком не основано на законе, т.к. это не исходит из договора. Ответчик не передал в собственность АО «Родэф» ничего такого, из чего мог бы возникнуть долг. Если ответчик считал, что в отношении него нарушили договорные обязательства, он должен был бы подать в суд иск против АО «Родэф» о взыскании интересов и штрафа, а не удерживать эти суммы внесудебно в одностороннем порядке. 09.02.1998 года АО «Родэф» предъявило истцу письменное требование о возврате долга. В феврале 2000 года прошло 2 года после предъявления такого требования, поэтому, исходя из п.1 ст.231 ГК, ответчик, по мнению истца, должен уплатить кредитору-истцу дополнительно 6 % пени с просроченной суммы 22 104,10 крон.

Развитие этого гражданского дела не пошло по пути исследования существа иска на предмет выяснения обоснованности и правомерности предварительного договора и связанных с ним обстоятельств.¹ Но нас интересует именно этот аспект.

Истец требовал признания предварительного договора ничтожным в силу того, что он был заключен в ненадлежащей форме, чем яко бы был нарушен закон. Но на момент заключения предварительного договора никакого законодательного акта, закрепляющего требования к предварительному договору, не существовало. Действовавший в то время Гражданский кодекс не содержал ни одной нормы о предварительном договоре. Уже хотя бы по этой причине указанное истцом основание для признания договора ничтожным не могло быть принято во внимание.

Источником гражданского права считается не только нормативный акт, но и обычай, представленный, в частности, «деловыми обыкновениями». В те годы судебная практика (деловое обыкновение) признавала предварительные договоры, и исходила из того, что их форма должна быть идентичной форме основного договора. Можно допустить, что истец именно это и имел в виду, хотя сформулировал свое требование иначе.

Тем не менее, важно учитывать, что упомянутое деловое обыкновение сложилось позже заключения оспариваемого договора. Цивилистикой давно признано, что новые нормы гражданского права не могут иметь обратной силы, кроме случаев, специально оговоренных в законе. Никаких указаний закона насчет распространения деловых обыкновений на правоотношения, сложившиеся до возникновения этих обыкновений, не имеется. Следовательно, ссылки и на такой источник права применительно к рассматриваемому случаю, являются несостоятельными. Определить, когда точно сложилась судебная практика по предварительным договорам

¹ В решении суда было учтено заявление ответчика, что истец не является управомоченным субъектом в силу того, что еще задолго до подачи иска АО «Родэф» было принудительно прекращено приказом Министра юстиции как не прошедшее регистрацию в Коммерческом регистре. и уклонившееся от предусмотренного законом процесса ликвидации. По этому основанию в удовлетворении иска суд отказал. Таллиннский окружной суд не согласился с таким решением и направил дело вновь в Таллиннский городской суд на новое рассмотрение другим составом судей. Но и на этот раз городской суд иск. не удовлетворил. Истцом вновь была подана апелляция. В конечном итоге требование истца было удовлетворено.

нет возможности. Но, если судить по юридической литературе, то это произошло уже после января 1999 года. В первом издании книги «Договоры. Образцы и комментарии», где приводятся комментарии законодательства и судебной практики на январь 1999 года о предварительных договорах ничего не говорится, хотя в издании 2000 года там уже содержится констатация требования судебной практики одинаковой формы предварительного и основного договора.

При отсутствии на момент заключения предварительного договора его законодательного регулирования стороны в соответствии с ч.1 § 91 ЗОЧГК 1994 года и ч.1 § 166 Гражданского кодекса имели право заключить предварительный договор в простой письменной форме, о чем достигли соглашения, скрепив текст договора своими подписями. Почему-то истец не высказывал сомнений по поводу формы договора, когда он его подписывал? Стороны отдавали себе отчет, что основной договор в силу особенностей объекта сделки должен быть обязательно нотариально оформлен, о чем и было сказано в предварительном договоре, но в то же время были убеждены, что предварительный договор может быть заключен в той форме, какую они выберут сами. И такое мнение соответствовало действовавшим в то время нормам гражданского права.

Сейчас ОПЗ решает этот вопрос таким образом, что требование соответствия формы предварительного договора форме основного договора выдвигается только тогда, когда для основного договора та или иная форма является обязательной в силу указания закона (ОПЗ § 33, ч. 2). Комментируя эту норму, авторы книги «Договоры. Образцы и комментарии» обоснованно считают, что «споров о форме предварительного договора не возникает, если в отношении основного договора, о заключении которого стороны договариваются, не установлено требования обязательной формы. В этом случае стороны могут заключить предварительный договор в любой форме (например, о заключении в будущем договора продажи или договора аренды стороны заключают предварительный договор в простой письменной форме или путем обмена сообщениями с использованием факса). Вопрос о форме предварительного договора вставал тогда, когда в законе предусматривается обязательная форма основного договора (например, если нужно нотариально оформить сделку об отчуждении квартиры или строения как движимых вещей либо недвижимой вещи)».

Решив двояким образом вопрос о форме предварительного договора, законодатель в рассматриваемой статье ОПЗ охарактеризовал содержание этого договора через три фактора.

Предварительное соглашение сторон называется договором.

Стороны обязуются в будущем заключить основной договор.

В предварительном договоре уже содержатся условия будущего основного договора.

То, что предварительное соглашение именуется договором, имеет для данного института принципиальное значение. Это означает, что все

нормативы, адресованные законом договору, распространяются и на его предварительную разновидность. В прошлые времена, когда закон не содержал понятия предварительного договора, его фактическое использование на практике юридически могло быть обосновано принципом свободы договоров. При этом важно было, что такой договор признавался судебной практикой.

Между тем такое было не всегда. Скажем, в дореволюционной России судебная практика отвергала саму постановку вопроса об обязанности заключить договор вследствие того, что она была бы предусмотрена предварительным договором. «Никто не может быть принужден к заключению договора, хотя бы даже и обязался заключить таковой, причем неисполнение этого обязательства может влечь за собой ответственность за причиненные этим убытки» – указывалось в одном из дореволюционных комментариев гражданского законодательства.¹ По всей видимости, тогда полагали, что взятие на себя обязанности впоследствии заключить договор ущемляет свободу воли и волеизъявления по отношению к основному договору. Возникающее на основе договора обязательство, по выражению одного из древних римских юристов, является оковами, которые ограничивают нашу волю. Если это так, то дважды надевать на себя такие оковы по поводу одного и того же предмета сделки было бы уже слишком.

Однако практика доказала, что такая теоретическая посылка в очень сложных и далеко не всегда основывающихся на порядочности, добросовестности и разумности условиях современного гражданского оборота, утратила свою жизненную силу. Предварительный договор как своеобразная перестраховка сторон от непредсказуемых зигзагов в поведении контрагента по сделке нужен и приносит свою пользу.

Целесообразность предварительного договора по-разному проявляет себя по отношению к реальным и консенсуальным договорам. В таких договорах, как, например, договор займа, права и обязанности сторон возникают при передаче вещи (в данном случае – денег). Поэтому они называются реальными. Напротив, при заключении договоров иного вида, как, скажем, договор найма, права и обязанности появляются у сторон при заключении договора, т.е. при достижении соглашения. Отсюда и название подобного рода договоров – консенсуальные (от лат. consensus – согласие, единодушие).

В процессе деятельности по заключению реальных договоров предварительный договор позволяет еще до того, как будет передана вещь, создать определенную обязанность сторон, которая важна для последующего возникновения полноценного правоотношения по основному договору. «А из этого в свою очередь возникает, что стороны

¹ Законы гражданские с разъяснениями Правительствующего Сената. СПб., 1911 с.976. Цит. по кн. Брагинский М.И., Витрянский В.В.. Договорное право. Общие положения. Москва: Издательство «Статут». 1998, с.185

будут находиться в юридической связи еще ранее передачи вещи. Значит, соответствующая обязательственная связь может возникнуть до того, как у лица появится необходимая для исполнения вещь, например, деньги у будущего заимодавца, либо непосредственный интерес к вещи (например, при строительстве интерес заказчика к получению оборудования у поставщика появится после возведения здания)».¹

Отмеченная ситуация при заключении консенсуальных договоров возникает лишь при требовании закона об обязательности регистрации, как, например, при сделках с недвижимостью, когда требуется представление правоустанавливающих документов. В остальных случаях необходимость в предварительном договоре очень незначительна. «Если для договора достаточно одного согласия, то во всех случаях, когда не может быть передано имущество, выполнены работы или оказаны услуги «сегодня» ничто не мешает заключить обычный договор купли-продажи, подряда, возмездного оказания услуг и т.п., указав в нем в качестве срока исполнения «завтра».²

Отказ какой-либо стороны предварительного договора заключить в последующем основной договор представляет собой нарушение одной из основных обязанностей, которую сторона берет на себя по этому договору. Каких либо специальных санкций за такое нарушение закон не устанавливает. Это значит, что стороны договора могут включить в соглашение взимание неустойки или пени, а также обратиться в суд с требованием о выполнении другой стороной взятых на себя обязанностей по предварительному договору.

Содержание предварительного договора составляют условия основного договора. Вопрос об условиях многосложен. Он включает в себя выяснение целого ряда более частных вопросов. К их числу относятся такие, как объем условий, соотношение условий, включенных в предварительный договор с условиями основного договора, исполнение предварительного договора через реализацию его условий.

Закон, как видно, не ограничивает понятие «условия» только существенными условиями, а предусматривает их неопределенное множество. В свете того понимания существенных условий договора, которое закреплено в § 27 ОПЗ, такая широкая трактовка достаточно логична. Из части 1 § 23 усматривается, что договор может считаться заключенным и тогда, когда стороны не пришли к согласию относительно условий, имеющих существенное значение при определении их прав и обязанностей, либо всего лишь считают, что ими достигнуто такое согласие. Для такого договора достаточно лишь предположения, что он мог быть заключен без достижения согласия относительно существенных условий. При этом сами существенные условия договора понимаются очень объемно, как условия, считающиеся разумными, исходя из

¹ Указ. Соч., с. 186

² Там же.

обстоятельств, воли сторон договора, существа и цели договора, а также принципа добросовестности (ОПЗ § 23, ч.2). По сравнению с ранее действовавшим Гражданским кодексом, определявшим существенные условия предметно, связывавшим их понятие с установлениями закона и предусматривавшим санкцию за нарушения правила о существенных условиях в виде признания договора незаключенным (ГК § 165), ОПЗ по существу отдает решение этого вопроса на усмотрение сторон. Тут, как и во многих других положениях закона, отчетливо просматривается его либеральная концепция, опирающаяся на принцип диспозитивности.

Договоренность сторон об условиях, включаемых в предварительный договор, должна исходить из того, что эти условия будут включены в основной договор. Иначе, придется иметь дело с исключительными условиями. Согласно § 31 ОПЗ, если стороны договора в письменном договоре достигли согласия о том, что договором предусматриваются все условия договора (исключительные условия), то частью договора не считаются более ранние волеизъявления и соглашения сторон, которые не содержатся в договоре. В отношении договора не имеет значения также поведение сторон договора в более ранний период. При наличии исключаяющего условия более ранние волеизъявления сторон договора могут учитываться при толковании договора. Если одна из сторон договора после заключения договора своим волеизъявлением или поведением в отношении другой стороны договора показала, что она считает частью договора также более ранние волеизъявления или соглашения сторон договора либо руководствуется их поведением в более ранний период, то в этих пределах она не может основываться на исключаяющем условии.

Однако требование о соответствии условий двух сравниваемых договоров не следует понимать буквально.

Во-первых, в предварительном договоре по идее должны содержаться условия о сроке заключения основного договора и его форме, что должно быть реализовано при заключении основного договора, но не входит в систему его условий.

Во-вторых, § 26 ОПЗ предусматривает возможность, так называемых, открытых условий. Стороны договора могут при заключении договора не договариваться относительно некоторых условий, имея в виду договориться о них в будущем или делегировать их определение одной из сторон договора либо третьему лицу. Названная статья содержит одиннадцать частей, в деталях регулируя использование открытых условий. Поскольку предварительный договор обладает признаками гражданско-правового договора, то нет основания исключать использование открытых условий и при заключении предварительного договора.

Из приведенных ранее примеров, почерпнутых из судебной практики, видно, что стороны, заключившие предварительные договоры, не ограничились только тем, что возложили на себя обязанности по

заключению основных договоров на согласованных условиях. Они стали применять на практике ряд условий еще до того, как был заключен основной договор. Такое поведение сторон предварительного договора вроде бы вступает в противоречие со смыслом и предназначением предварительного договора, если исходить из содержания § 33 ОПЗ. Вполне возможно, что возникшие правовые конфликты в отношениях между сторонами предварительных договоров, вынудившие их обратиться в суд за защитой своих действительных или предполагаемых прав, были следствием нарушения требований к предварительному договору. Истец по первому из изложенных судебных дел, защищая свои права по предварительному договору, назвал этот договор по существу договором купли продажи, очевидно, имея в виду, что договор стал применяться и стороны реально вступили в имущественные правоотношения.

Тем не менее, занять по этому вопросу такую позицию, согласно которой предварительный договор – это «замороженный» договор, условия которого могут реализоваться только после заключения основного договора, было бы посягательством на интересы гражданского оборота и предпринимательской деятельности. Интерес в том, чтобы дело делалось, деньги крутились, товары двигались, не может не приниматься во внимание. В этом отношении существует необходимость законодательного решения вопросов об исполнении предварительного договора, так как общие нормативы об исполнении обязательств нуждаются в конкретизации применительно к предварительному договору

2. Юридическая природа коммерческого договора по праву Эстонии

Коммерческая деятельность немыслима без заключения сделок. Хотя практика их использования насчитывает длительное время, и юридическая природа сделок такого рода продолжает нуждаться в истолковании. Причин тому несколько. Сказывается отсутствие полной ясности в понимании содержания, объема, места в системе эстонского права его особой отрасли, называемой коммерческим правом. Очевидно, на затумирование картины влияет ряд проблем общей теории сделки, актуализированных посредством нормативов, входящих в действующее эстонское законодательство. Свою роль играют проблемы критериев, с помощью которых можно было бы разграничить сделки коммерческого и некоммерческого характера.

Вступление в силу 1 сентября 1995 года Коммерческого кодекса (КК) создало двойственную ситуацию. С одной стороны, сложилось некоторое основание считать, что эстонское право, развиваясь по пути, проложенному германским правом в конце позапрошлого века, восприняло, так называемую, дуалистическую систему. Для этой системы характерно то, что в ней гражданское и торговое (коммерческое) право разделяются на отдельные отрасли, хотя предметы и методы правового регулирования данных отраслей близко соприкасаются друг с другом.

С другой стороны, закон об Общей части гражданского кодекса 1994 года (ЗОЧГК- 94) признавал, что действие содержащихся в нем общих положений гражданского права, распространяется, кроме всего прочего, и на Коммерческий кодекс (§ 1). Это утверждение могло быть истолковано таким образом, что коммерческое право признается не как самостоятельная отрасль, а как подотрасль гражданского права. Тем более, если учесть что КК не содержал, подобно Германскому торговому уложению, специального раздела о коммерческом договоре. Коммерческий договор тем самым подпадал под непосредственное регулирующее воздействие норм гражданского права.

Позже позиция законодателя стала меняться. Упоминание, на какие законы распространяется применение норм ЗОЧГК, из текста § 1 было изъято. Формулировка статьи в ЗОЧГК 2002 года окончательно закрепила такую позицию. Тем не менее, важно учитывать, что одновременно с ЗОЧГК - 02 в действие был введен Обязательственно-правовой закон (ОПЗ). И именно этим законом, хотя и не во всех отношениях, стала выполняться миссия, ранее принадлежавшая ЗОЧГК.

«Положения Общей части настоящего Закона,- читаем в § 1 ОПЗ, - применяются ко всем договорам, указанным в настоящем законе или в иных законах...»). Параграф 8 ОПЗ указывает, что договор -это сделка. Таким образом, когда сделка приобретает характер договора, она подпадает под действие ОПЗ, а, если конкретные правила договора (в частности, коммерческого) закреплены в другом законе, то, по крайней мере, сохраняется возможность применения Общей части ОПЗ, адресованной договорам. Тем самым гражданское право, к источникам

которого можно отнести ОПЗ, заявляет о своей способности регулировать и такие виды сделок, предмет которых может не совпадать с объектом правового регулирования, характерным для гражданского права.

Но ОПЗ не дублирует все правила, относящиеся к сделкам и находящиеся в ЗОЧГК. Так, такой важный институт Общей части гражданского права, как недействительность сделки (ничтожность и аннулирование), предусмотрен лишь ЗОЧГК. Возникает вопрос, на каком основании иные правила ЗОЧГК применимы к коммерческим сделкам, в частности, в случае их недействительности? Прямого ответа на этот вопрос закон не дает. С одной стороны, понятно, что по правилам гражданско-правовых сделок должны решаться вопросы тех коммерческих договоров, виды которых, хотя прямо не выделены как виды именно коммерческих договоров, но предусмотрены в ОПЗ. С другой стороны, есть и другие законы, устанавливающие правила для коммерческих договоров. (Закон о государственном заказе, Закон о коммерческом залоге, законодательство о разных видах перевозок и др.). С точки зрения правовой догматики, применение норм ЗОЧГК этим случаям может стать делом проблематичным из-за отсутствия соответствующего указания закона, если не считать спасительной роли аналогии через обращение к общему смыслу права.

Таким образом, действующая в Эстонии правовая система признает дуализм гражданского и коммерческого права в весьма относительном смысле, когда обособляется в особую отрасль то, что связано с субъектом коммерческой деятельности, но то, что относится к коммерческому договору, подпадает под действие норм гражданского права или общего смысла права.

Особенности коммерческих договоров должны быть закреплены в объективном праве, хотя акт, который содержал бы на этот счет дефиницию, найти невозможно. В первую очередь, обращает на себя внимание регулирование коммерческих договорных отношений международным частным правом и правом внутреннего рынка Европейского Союза. Одно название «Принципы международных коммерческих договоров» (Принципы УНИДРУА 2004 года) свидетельствует о беспорном признании международным правом категории «коммерческий договор».

Косвенное признание такого рода договоров можно найти в ЗОЧГК при характеристике лиц, занятых хозяйственной или профессиональной деятельностью, отнесении к юридическим лицам коммерческих товариществ, решении некоторых других вопросов. В ОПЗ, хотя понятие коммерческого договора не используется, но по существу правовое регулирование этого договора представлено очень широко нормами и Общей, и Особенной (отдельные виды договоров) частей.

Подтекст характеристик, привлекающих внимание при анализе правил для типовых, потребительских и многих других договоров прямо указывает на коммерческий вектор отношений, который соответствующие

нормы призваны обеспечивать. Как уже указывалось, весьма обширно иное законодательство, посвященное договорным отношениям в различных сегментах коммерческой деятельности.

Из приведенного перечня можно сделать вывод, что объективным правом юридическая природа коммерческого договора закрепляется нормами законодательства прямо и косвенно.

Последний вариант означает, что реализация общих положений норм права может быть осуществлена 1) теми лицами, 2) в тех видах деятельности, 3) с учетом такого содержания волеизъявления и его правовых последствий, которые делают договор коммерческим. Особая роль принадлежит первому из перечисленных обстоятельств, так как остальные являются его производными.

Это видно из смысла Германского торгового уложения (ГТУ), являющегося предтечей эстонского коммерческого законодательства. «Для сделок, заключаемых частными лицами, не являющимися предпринимателями, действует гражданское право,- поясняют комментаторы ГТУ, - в то время, как для сделок между предпринимателями действует торговое право, и, по мере необходимости, гражданское право. В отношении сделок, заключаемых, с одной стороны, частными лицами, а с другой — предпринимателями, торговое право, хотя и предусматривает специальные нормы, тем не менее, как правило, применяются нормы гражданского права».¹ Установление коммерческого характера договора открывает возможность обращаться за разрешением спора в арбитраж и создает ряд других последствий

3. Ограничение прав лица, занятого хозяйственной или профессиональной деятельностью, в целях защиты прав потребителей по современному гражданскому праву Эстонии

¹ Профессор Бергман Вильфред, профессор Комаров Александр. Введение в основные понятия германского торгового права и права хозяйственных организаций./ Германское право Часть II .Торговое уложение и другие законы. Пер. с нем. Серия Современное зарубежное и международное частное право.- Москва.: Международный центр финансово-экономического развития. 1996, с.5.

1. Институт лица, занятого хозяйственной или профессиональной деятельностью (ЛЗХПД), введен в гражданское право Эстонии с 1 июля 2002 года Законом об Общей части гражданского кодекса и Обязательственно правовым законом. Ни тот, ни другой закон не раскрывают понятия этого института. Но ясно, что все характеристики ЛЗХПД распространяются как на физическое, так и на юридическое лицо. Было бы слишком узко понимать ЛЗХПД как гражданско-правовой аналог понятия предпринимателя, являющегося ключевым для предпринимательского права. С другой стороны, следует исключить применение рассматриваемого института к хозяйственной или профессиональной деятельности, не являющейся для лица способом осуществления целей этой деятельности. При этом не всякая хозяйственная деятельность является профессиональной и не всякая профессиональная деятельность имеет хозяйственное предназначение.

2. Необходимость введения в гражданское право института ЛЗХПД определяется целым рядом причин, в числе которых важное место занимает защита прав потребителя. Понятие потребителя закон однозначно связывает с ЛЗХПД, указывая, что потребитель как физическое лицо не может совершать сделки, связанные с самостоятельной хозяйственной или профессиональной деятельностью. С другой стороны, хотя об этом прямо в законе не говорится, понятие потребителя получает правовой смысл лишь тогда, когда его контрагентом по сделке становится ЛЗХПД. Имея такого контрагента, потребитель участвует в отношениях, как правило, с более опытным и квалифицированным субъектом гражданского оборота. Поэтому особый статус потребителя обосновывается фактически слабой защищенностью физического лица как участника сделки с ЛЗХПД.

3. Закон, защищая потребителя, несет в себе возможность усилить положение этого физического лица путем установления ряда ограничений и запретов для ЛЗХПД как участника сделки. Такая возможность становится необходимостью прежде всего при типовых договорах или договорах с типовыми условиями. Речь идет об особом рода сделках, при которых условие (или договор в целом) разрабатывается и применяется одной стороной, а другая сторона не способна воздействовать на содержание условия. Она вынуждена либо принять предложенное ей условие либо отказаться от заключения договора, хотя последняя возможность не всегда у этой стороны фактически реально существует. В законе (ОПЗ § 42, ч. 3) содержится перечень типовых условий в договоре, которые считаются ничтожными в силу неразумного причинения вреда потребителю. Эти условия многочисленны и многообразны, что предполагает необходимость их классификации. Однако ограничение прав ЛЗХПД может происходить и помимо типовых условий. Особенная часть ОПЗ знает ряд договоров (продажи, временного пользования строением,

потребительского кредита), нормы о которых содержат усиленную защиту прав потребителя безотносительно к типовым условиям.

4. Для классификации запрещенных законом типовых условий возможно использовать разные критерии. С точки зрения интересов практики в первую очередь следовало бы предложить их подразделение на группы в зависимости от стадий договорного процесса. Тогда можно было бы выделить условия характерные для заключения и изменения договора, исполнения договора, побочных обязательств, прекращения договора, ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора, защиты прав в суде.

Но такая классификация, имея познавательную и практическую направленность, должна быть дополнена другой классификацией, позволяющей раскрыть правовую природу запрещенных типовых условий. С позиций этого критерия происходит выделение условий, которые применительно к любому, а не только к типовому варианту, делают сделку недействительной или нарушают принципы осуществления гражданских права (добросовестность, законность, безвредность). В качестве примера можно сослаться на § 42 ч. 3 п. 1. ОПЗ. После такой операции в поле зрения остаются другие условия, которые, в общем, имея правовое оправдание, закон признает неразумно причиняющими вред потребителю применительно к типовым условиям, направленным на дополнительную защиту прав потребителей. Примером тому может служить норма, закрепленная в § 42 ч. 3 п.2 ОПЗ. Ограничение прав лица, занятого хозяйственной или профессиональной деятельностью в целях защиты прав потребителей имеет свою специфику лишь во второй из названных групп.

4. Об использовании Обязательственно-правового закона в целях регулирования трудовых отношений

1.

И надо же было такому случиться, чтобы новый Закон о трудовом договоре (ЗоТД) появился в разгар финансового и экономического кризиса.

Уже давно разные составы правительства и парламента предпринимали попытки избавиться от прежнего закона с аналогичным названием. Слишком уж он напоминал трудовое законодательство советского периода. Ведь в новое время реальные трудовые отношения стали складываться под воздействием рынка, а не государственного управления, как раньше. При этом рынок труда отобразил особенности либеральной экономики не в меньшей степени, чем рынки товаров, услуг и капитала.

Когда-то Рийгикогу рассматривал проект закона, согласно которому трудовое право в принципе должно было бы исчезнуть. Отношения по найму и использованию труда предлагалось оценивать как разновидность отношений равных партнеров, исполняющих социальные роли кредитора и должника с адресованными друг другу обязанностями и правами. Однако такой проект встретил сильное противодействие со стороны той части общества, которая опасалась закабаления работника работодателем. С этой точки зрения их нельзя было считать равносильными сторонами сделки, а работнику, являющемуся по сравнению с работодателем более слабым участником соглашения, должны были быть предоставлены дополнительные меры государственной защиты. Проект закона был отвергнут, что не помешало позднее создать еще один вариант, который тоже не приобрел статуса нормативного акта.

Предложение правительства парламенту принять нынешний закон, как известно, тоже вызвало серьезные споры на ту же самую тему. При объяснении же причин, повлиявших на то, что проект нового закона не повторил судьбу своих предшественников, следовало бы считаться с изменившейся социально-экономической ситуацией. Назревание кризисных явлений и сам кризис позволили на уровне массового сознания более всесторонне понять природу трудовых отношений, что и повлияло на достижение компромисса по проекту закона. Работодатель и работник - не только противоборствующие стороны, хотя, понятно, что их интересы совпадают далеко не полностью. Правительственный проект по ряду позиций улучшил положение работодателя.

Но когда уровень безработицы поднимается до 40 000 человек, а прогнозируется в перспективе 100 000, то невольно приходится задумываться, как важен для работника успех работодателя, которым обеспечивается сохранение, а то и увеличение числа рабочих мест. И, если закон в большей мере будет учитывать интересы не только работника, но и

работодателя, то выигрыш от этого может быть и у той, и у другой стороны.

2.

Если ситуацию рассматривать также в юридическом аспекте, то ко времени обсуждения проекта и принятия Рийгикогу 17 декабря 2008 года Закона о трудовом договоре (объявлен решением Президента Республики от 12 января 2009 года № 421) она оказалась тоже иной, чем в те годы, когда был принят предыдущий ЗоТД.

Ко времени появления нового ЗоТД уже несколько лет действовал Обязательственно-правовой закон (ОПЗ), вступивший в силу с 1 июля 2002 года. Данный акт по сравнению с прежним законодательством усилил защиту прав кредитора от их нарушения со стороны должника, что для упомянутой выше проблемы весьма существенный, хотя и не совсем всесторонний, путь ее решения. Не исключается такое, что работник в каком-то смысле может рассматриваться как тот самый кредитор по отношению к работодателю-должнику (работа выполняется раньше, чем она оплачивается), права которого, дополнительно ко всему прочему, стремится обеспечить ОПЗ средствами обязательственного права.

К тому же, современное обязательственное право располагает нормами, благодаря которым происходит усиление защиты слабой стороны договорных отношений, если этой стороной является физическое лицо, признаваемое потребителем. Утверждение о том, что обязательственное право не способно отойти от признания равной силы сторон договора, и что по этой причине оно не может распространяться на трудовые отношения, как видим, не соответствует современным представлениям.

Они просто и четко выражены в ОПЗ § 1, норма которого прямо предусматривает распространение положений Общей части закона на трудовые договоры. Положение работника как лица, подчиненного работодателю, оказывается приемлемым для ОПЗ, а не только для ЗоТД. Такое решение действует с учетом того, что на основании трудового договора физическое лицо (работник) выполняет для другого лица (работодателя) работу, подчиняясь его руководству и контролю, а работодатель выплачивает работнику вознаграждение за труд (ЗоТД § 1(1). Причем данный закон акцентирует внимание на необходимости в принципе стоять на позиции защиты интересов работника, прибегая в этих целях к использованию норм не только ЗоТД, но и ОПЗ. (Соглашение, которое отклоняется с вредом для работника от положений ЗоТД и ОПЗ, касающихся прав, обязанностей и ответственности сторон договора, является ничтожным, за исключением случая, когда возможность отклоняющегося с вредом для работника соглашения предусмотрена в ЗоТД – читаем в § 2 ЗоТД).

Закон о трудовом договоре важен сам по себе. Однако необходимо учитывать, что он входит в общую систему эстонского законодательства. Очевидно, не случайно появление нового закона привело к тому, что сразу

же были изменены 44 других законов, в том числе и таких, которые по предмету правового регулирования находятся далеко от трудового права. В перечне измененных законов ОПЗ не упоминается. Такое решение предопределено, очевидно, тем, что данный закон выступает в роли источника, содержащего по отношению к трудовым отношениям нормы более общего характера, чем ЗоТД

3.

Воздействие ОПЗ на реализацию норм ЗоТД просматривается в двух направлениях: непосредственном и опосредованном Законом о трудовом договоре.

Первое из них состоит в ранее названной норме самого широкого содержания, распространяющей на трудовые отношения регуляционную функцию норм Общей части ОПЗ. Как уже указывалось, ОПЗ содержит указание о применении к трудовым договорам только норм Общей части закона. Однако ЗоТД признает в аспекте, касающемся прав, обязанностей и ответственности сторон договора, равного по своему значению применение ОПЗ и ЗоТД (ЗоТД §2). Из того же структурного подразделения ОПЗ, которое находится за пределами его Общей части, подлежит использованию норма нового ЗоТД, согласно которой к трудовому договору применяются положения ОПЗ, касающиеся договора поручения, если в ЗоТД не предусмотрено иначе (ЗоТД § 1 (3)).

Подчеркнем, что между договором поручения и трудовым договором нельзя ставить знак равенства. Но в той части, в какой у них имеется ряд общих признаков, а также средств обеспечения их исполнения, правила обязательно-правового договора применимы к трудовому договору. Масштаб отношений, связанных с трудовой деятельностью, которые регулирует ОПЗ, значительно больше, чем у ЗоТД. Последний конкретизирует общие правила по отношению к трудовому договору, но не в такой степени, чтобы трудовой договор стал специфическим вариантом обязательно-правового договора.

Принципиальное различие между рассматриваемыми видами договоров, как было раньше, так и по новому законодательству, продолжает сохраняться. Не случайно в ЗоТД § 1(4) акцентируется внимание на том, что положения о трудовом договоре не применяются к договору, согласно которому обязанное выполнять работу лицо обладает существенной мерой независимости при выборе способа, времени и места выполнения работы. Там, где нет руководства и контроля за процессом работы со стороны лица, договорившегося с исполнителем работы об ее производстве, не может быть трудового договора. Проще говоря, трудовой договор не является разновидностью договора поручения. Но в той мере, в какой правила второго из названных договоров могут быть применены к первому, это необходимо делать.

4.

Выделение именно договора поручения требует обоснования. В ОПЗ включены правила для целого ряда договоров, в той или иной степени

связанных с выполнением работ. Конкурентом договору поручения в этом смысле является договор подряда. Оба они отнесены законом к одной и той же группе договоров об оказании услуг (ОПЗ, часть 8), когда услуги могут пониматься как определенного рода работы или их результат.

При действии прежнего ЗоТД работодателя, по каким-то им ведомым причинам не желавшие заключать с работником трудовой договор, предлагали строить отношения на основании договора, которому изобрели даже свое название («трудовой подряд»). Например, известно, что таким образом в некоторых высших частных учебных заведениях оформлялись договоры с преподавателями-почасовиками.

Подобное решение вопроса и в то время было не корректным, искажающим юридическую природу договора подряда. Тем более соответствующий вывод следует сделать, исходя из содержания ныне действующих правил (см. ОПЗ, гл. 36). Как следует из текста § 635 (1), по договору подряда одно лицо (подрядчик) обязуется изготовить или переработать (обработать) вещь, либо добиться путем оказания услуг иного оговоренного результата (работа), а другое лицо (заказчик) обязуется оплатить выполненную работу. Причем, если предметом договора подряда является совершении сделки, то к договору дополнительно применяется ряд норм, адресованных законом договору поручения (§ 635 (2)).

При всем том, что понятие подряда сформулировано довольно широко, как охватывающее разные виды заказов, главная особенность этого договора очевидна. Она состоит в том, что соглашение между подрядчиком и заказчиком имеет своим предметом не саму работу, а ее результат, ибо обязанность заказчика состоит не в том, чтобы оплатить процесс исполнения заказа, а только выполненную работу. Понятно, что такого рода предмет договора не может быть отнесен к тому разряду предметов, на которые направлено обязательственно-правовое соглашение, родственное трудовому договору.

Договор поручения заметно отличается от договора подряда. Он, согласно ОПЗ § 619, состоит в том, что одно лицо (поверенный) обязуется в соответствии с договором оказать другому лицу (доверителю) услуги (исполнить поручение), а доверитель обязуется уплатить ему за это вознаграждение при наличии соответствующей договоренности.

Из содержания главы 35 ОПЗ, посвященной договору поручения, видно, что понятие «исполнение поручения» означает не только полученный результат, но и само исполнение как длящийся процесс, осуществляемый поверенным, но находящийся под наблюдением доверителя. Сам закон (§ 620) требует от поверенного действовать лояльно и с необходимым прилежанием. (Подобного вида обязанность возлагается на работника по ЗоТД § 15(1)). В то же время поверенный при исполнении поручения обязан соблюдать указания доверителя (§ 621 (1)). (По ЗоТД § 15(2) п.3 работник должен своевременно и точно выполнять законные распоряжения работодателя). Кроме того, если в отношении подрядчика

закреплено предположение, что он не обязан выполнять вытекающие из договора обязательства лично (§ 635 (3), то для поверенного сформулировано предположение прямо противоположного содержания. Он обязан исполнить поручение лично, хотя и может пользоваться помощью третьего лица (§ 622). (Сравним с ЗоТД, где в § 15(3) работнику предписано выполнять работу лично, если не было оговорено иное).

Тем самым, как по этому признаку, так и по предыдущему, договор поручения оказывается значительно ближе к трудовому договору, чем договор подряда. Это обстоятельство, таким образом, предопределяет то решение вопроса, которое находим в новом Законе о трудовом договоре.

5.

Для размежевания трудового договора и договора поручения используются свои ориентиры.

Необходимо учитывать такое различие договоров, как их правовые последствия. Договор поручения, имея собственное содержание, играет в то же время роль обстоятельства, порождающего отношения представительства, возникающего на основании сделки. Поверенный становится представителем, наделенным полномочиями для совершения сделок в интересах представляемого и от его имени. Формой закрепления таких полномочий может быть доверенность. Трудовой договор ничего подобного не предполагает.

Что касается вопроса о выплате поверенному вознаграждения, то его решение может по-разному влиять на юридическую природу заключаемого и исполняемого договора. По смыслу ОПЗ § 627(1) в договоре выплата вознаграждения может быть, как оговорена, так и нет. При наличии этого признака договор предполагается трудовым в случае осуществления трудовой деятельности под руководством и контролем работодателя (доверителя). Но при отсутствии такой степени влияния доверителя на процесс труда, следует считать, что отношения сторон подпадают под признаки договора поручения. Если материальное вознаграждение не предусмотрено, то одно это не . позволяет считать договор трудовым.

Непосредственность воздействия обязательственного права на трудовые отношения выражается в том, что нормы Общей части ОПЗ и нормы, относящиеся к договору поручения, применяются лишь на основании общего положения, признающего возможность использования этих норм по отношению к трудовому договору. В этом случае не требуется использовать какой-либо параграф ЗоТД, в котором предписано при решении какого конкретного вопроса руководствоваться той или иной нормой ОПЗ.

Такое воздействие обязательственного права на трудовые отношения просматривается на всех этапах осуществления этих отношений, начиная с их зарождения и кончая прекращением, но, разумеется, с учетом особенностей трудового права.

Большое значение имеет принцип добросовестности. Его нарушение в трудовом праве не допустимо не в меньшей мере, чем в праве

обязательственном. Он применим не только в тех случаях, когда на него делаются ссылки в параграфах ЗоТД, но и сам по себе как универсальное этико-правовое начало человеческих отношений. Привлекает к себе внимание формулировка ОПЗ § 6(2), согласно которой к обязательственным отношениям не применяются положения, вытекающие из законов, обычаев или сделок, если их применение считалось бы неприемлемым с точки зрения принципа добросовестности. Тем самым этому принципу придается абсолютное и универсальное значение, не допускающее в русле трудового права каких-либо отклонений.

Другое дело принцип диспозитивности. В обязательственном и трудовом праве он проявляется не одинаково. В обязательственном праве сторонам договора предоставлена значительно большая, не нормированная конкретными ограничениями со стороны закона, свобода действий. В трудовом договоре, кроме согласованной воли сторон, касающейся конкретных обстоятельств их договоренности, должны быть соблюдены обязательные условия, предусмотренные ЗоТД, а также положения коллективного договора, если такой имеется.

Примером более конкретного решения вопроса может быть применение норм Общей части ОПЗ при заключении трудового договора. Тут открываются возможности не только следовать предписаниям параграфов главы 2 ЗоТД, но и обращаться за защитой своих интересов к положениям о заключении договора обязательственного правового характера.

Предложение работодателя лицу поступить на работу можно рассматривать как оферту, связывающую юридически оферента. В случае не истечения разумного срока для ответа на предложение, и если работодатель заключает трудовой договор с другим лицом, то пострадавшая сторона может защищать свое преимущественное право быть принятым на вакантное рабочее место, опираясь на нормы ОПЗ.

Правила и условия преддоговорных переговоров охватывают не только те положения, которые помещены в ЗоТД § 11, но и те, что находятся в ОПЗ § 14.

Третье лицо, заинтересованное в приеме на материально-ответственную работу своего знакомого, может выступить в роли поручителя, если работник нарушит взятые на себя обязательства и причинит материальный вред работодателю.

Что касается выплаты вознаграждения работнику и возмещения расходов и убытков дополнительно к ЗоТД можно применять относящиеся к договору поручения положения ОПЗ § 628 (2). Там предусмотрено, что доверитель должен возмещать поверенному разумные расходы, произведенные им для исполнения поручения, которые поверенный мог считать необходимыми по обстоятельствам, за исключением случая, когда расходы должны производиться за счет вознаграждения поверенного. Предполагается, что за счет вознаграждения производятся расходы, обычно возникающие у поверенного при выполнении вытекающих из

поручения заданий, а также расходы, которые возникли бы у поверенного также без заключения договора поручения.

7.

Кроме непосредственного регулирования трудовых отношений ОПЗ воздействует на них опосредованно через те нормы обязательственного права, которые включены в ЗоТД.

Прежде всего, заметно, что в ЗоТД используются, так называемые, отсылочные диспозиции параграфов закона. Речь идет о том, что содержание правила в параграфе не раскрывается, а делается ссылка на нормы обязательственного права. Такие диспозиции, например, содержатся в ЗоТД §§ 22(1), 40(1), 72, 73(1), 112(1).

Другое решение вопроса представлено параграфами ЗоТД, в которых приведены понятия, заимствованные из обязательственного права, но они сформулированы для регулирования трудовых отношений. В этом можно убедиться, проанализировав, например, §§ 1(2), 11,17 (3, 4, 5), 26, 31, 40, 44(4), 74 (3, 5), 75 (2), 78 (2), 80 (3), 83, 94.

Нет сомнения, что знание и понимание связи двух рассмотренных законов может помочь работнику или работодателю, отстаивающим свои права, более успешно достичь поставленной цели.

5. Трудовой договор и договор поручения

(в соавторстве с Т. Калин)

1. Существо вопроса

Практика оформления трудовых отношений договором поручения получила распространение задолго до появления ныне действующего Закона о трудовом договоре (ЗоТД). Законодательных норм, не позволявших совершать такую подмену, тогда не существовало. Поэтому сказать однозначно, что происходило нарушение закона, было трудно. Нанимающая работника сторона могла апеллировать к принципу свободы договора, давно уже признанному мировым юридическим сообществом. После вступления в силу ОПЗ, показалось, что свобода выбора вида договора еще более расширилась, так как действие Общей части нового закона было распространено на трудовые (как и иные) договоры. Тем самым в стене, разделявшей трудовое и гражданское право, образовалась значительная брешь. Ей вроде бы без оглядки можно было воспользоваться для движения в сторону гражданско-правовых методов регулирования трудовых отношений.

Однако, глядя на обсуждаемый в данном случае вопрос через призму современного ЗоТД, можно серьезно усомниться в обоснованности столь свободного, как раньше, замещения трудового договора договором обязательственно-правового характера. Сохранение такой практики можно объяснить как силой инерции, так и недостаточным усвоением дозволений и запретов нового законодательства. Нельзя исключать и настроений вседозволенности, которые испытывают некоторые предприниматели на волне эйфории, созданной мнением, что предприниматели выиграли состязание с работниками, добившись принятия выгодного работодателям ЗоТД.

Действующий Закон о трудовом договоре можно считать новым хотя бы в силу того обстоятельства, что им заменен ранее существовавший нормативный акт с аналогичным названием, не говоря уже о том, что за срок менее одного года, исчисляемый после вступления этого детища законодателя в силу, закон явно устареть не мог. Еще не исчезли из памяти зигзаги законодательного процесса в парламенте, когда закон принимали, после чего переделывали и снова принимали уже в окончательном варианте. Были дискуссии в средствах массовой информации, пугавшие обывателя призраком классовой борьбы в Эстонии. Оставили кое-какое впечатление малочисленные пикеты профсоюзных активистов, клеймивших проект закона за нарушение им принципа защиты слабой стороны трудовых отношений (т.е. работника по отношению к работодателю). В противовес этому телевидение показало удовлетворенные лица представителей Союза работодателей, по всей видимости, посчитавших, что парламент принял такой ЗоТД, который в условиях кризиса действительно пойдет на пользу защищаемого Союзом социального страта.

Нет ничего удивительного, что массовое сознание отреагировало на новый закон однозначно. Работники проиграли и сдались на милость победителя. Такой резонанс настолько вдохновил ряд работодателей, что они могли бы предложить в качестве конституционной идеи лозунг «Все, что хорошо для работодателей, хорошо для Эстонии»! Раз работники проявили неспособность к сопротивлению, то они тем самым открыли путь для дальнейшего ограничения своих прав.

Насколько распространена такая позиция, сказать сейчас трудно. Новизна обсуждаемого закона обуславливает отсутствие практики использования многих его норм судами и комиссиями по индивидуальным трудовым спорам. Но не является секретом, что имеются случаи заключения обязательственно-правового договора, который предлагающая работу сторона в своих интересах навязывает другой стороне. А этот факт нуждается в оценке с принципиальной точки зрения на основе новых положений ЗотД.

2. Новые возможности защиты прав работника

Договорный процесс проходит три основных стадии: заключения, исполнения и прекращения договора. Уменьшение размеров компенсаций, выдаваемых работнику при прекращении трудовых отношений, и иное ухудшение положения работника в случае расторжения трудовых отношений, характерные для нового закона по сравнению с прежним, являются наиболее существенными проявлениями усиления позиций работодателя.

Но на этапах возникновения и осуществления трудовых отношений картина заметно меняется. Новый закон уже а priori не мог иметь такую однополярную направленность, какую ему пытаются придать заинтересованные в этом тенденциозные толкователи. Все-таки мы имеем дело с элементом правовой системы двадцать первого, а не девятнадцатого века. Существует международное гуманитарное право, международная система защиты прав работников, конституционные принципы, с которыми парламент государства – члена Европейского Союза и Европейского Совета не мог не считаться. Да и по существу не стоит игнорировать очевидную взаимосвязь интересов двух сторон трудовых отношений. В условиях рыночного хозяйствования работодатель и работник находятся в единой связке, и перекос в ту или другую крайность чреват плохими последствиями для обеих сторон.

Поскольку вознаграждение за труд выплачивается работнику по истечении оговоренного времени, то он приобретает статус кредитора, по сравнению к которым работодатель является должником. Защита же кредитора от недобросовестного должника – основной мотив ОПЗ, действие Общей части которого распространяется на трудовые отношения. Разумеется, нельзя исключать и обратного соотношения, дающего право работодателю требовать надлежащего исполнения работником своих обязанностей. Но в этом, обратном соотношении, нет, если не принимать в

расчет детали, принципиальной новизны. Право работодателя предъявлять к работнику требования, вытекающие из трудового договора, всегда было характерной особенностью трудового права.

Благодаря распространению на трудовые отношения многих важных норм обязательственного права работники получили возможность такой защиты, которая ранее не наблюдалась. При этом, создался некий симбиоз из норм обязательственного и трудового права, который может сыграть для работника добрую роль и сделать его более охраняемым от произвола другой стороны договора, чем при «чистых» гражданско-правовых отношениях. Такое соединение норм двух отраслей права создало предпосылки для сближения условий трудового договора и договора поручения, прежде всего, за счет применимости к трудовым отношениям норм Общей част ОПЗ, но также и норм, относящихся к договору поручения, но по своему смыслу применимых и к трудовому договору.

3. Приоритет трудового договора

Тем не менее, особенности каждого из видов договоров сохраняются, и они имеют практический смысл. Понимание их важно для предохранения работника от уловок работодателя оформить трудовые отношения обязательно-правовым договором. Признавая общим для объекта правового регулирования по двум законам отношения, связанные с трудом, надо видеть и их различия, не позволяющие один вид выдавать за другой.

Как из общих законодательных дефиниций договоров, так и из сравнения их более частных характеристик, следует один принципиальный вывод. Трудовой договор способен более полно обеспечивать интерес работника быть защищенным со стороны государства от произвола работодателя как более сильной стороны отношений, чем договор поручения. При этом, предоставляя работодателю право подчинять работника своему руководству и контролю, он дает работнику ряд существенных прав, не наличествующих в договоре поручения. В частности:

- бессрочный, как правило, характер отношений;
- абсолютное право работника на вознаграждение за свой труд при гарантии со стороны государства минимальной заработной платы;
- гарантированное государством нормирование рабочего времени и времени отдыха;
- оплачиваемый ежегодный отпуск;
- возможную дополнительную защищенность коллективным договором;
- компенсации при отказе работодателя от договора;
- ответственность за нарушение обязанности только при наличии вины;
- возможность рассмотрения конфликта в комиссии по индивидуальным трудовым спорам.

Из этого перечня становится понятным, почему в ЗоТД закреплена презумпция приоритета трудового договора по отношению к договору поручения. («Если лицо выполняет для другого лица работу, выполнение которой, согласно обстоятельствам, можно ожидать только за вознаграждение, то предполагается, что действует трудовой договор» - § 1, ч. 2). Это означает, что фактическому смыслу отношений придается более существенное значение, чем тому, как оформлено соглашение между сторонами. В том же случае, когда соглашение называется договором поручения, но нанимаемому лицу за его труд полагается денежное вознаграждение, можно найти достаточно оснований считать такой договор трудовым. Бремя доказывания того, что имелся в виду договор поручения, ложится на доверителя, а при отсутствии убедительных аргументов договор не может быть признанным относящимся к числу обязательственно-правовых.

Правда, приходится считаться с тем, что критерий «вознаграждение» не при всех обстоятельствах может сыграть разграничительную роль, поскольку договор поручения тоже может признавать своим условием вознаграждение поверенного лица со стороны доверителя. При совпадении такого признака у двух рассматриваемых договоров приходится прибегать к их толкованию, руководствуясь правилами обязательственного права (ОПЗ §29). Все эти правила ориентируют на использование в целях прояснения спорного положения здравого смысла. Он же, в контексте законодательного определения трудового договора, выделяет такую особенность этого договора как подчинение работника руководству и контролю со стороны работодателя.

Таким образом, видно, что трудовой договор может признаваться таковым и той, и другой стороной соглашения, что не создает никаких правовых проблем в установлении юридической природы этого договора при условии соблюдения императивных норм ЗоТД. Другой случай имеется тогда, когда работодатель (доверитель) экономически принуждает работника (доверенного лица) заключить договор поручения, хотя работник должен выполнять свои обязанности за вознаграждение, подчиняясь руководству и контролю со стороны работодателя. Правовая квалификация второй ситуации может заключаться в признании того, что заключенная сделка является притворной.

4. Притворная сделка

Если в ЗоТД находим указание на возможность использования для регулирования трудовых отношений ОПЗ, то относительно применения к этим отношениям Закона об Общей части гражданского кодекса (ЗОЧГК) прямых ссылок обнаружить не удастся. Правда, нахождение в ЗоТД такого понятия, как «ничтожность» договора (например, см. § 2), которое связано с понятием недействительности сделки как с одним из институтов Общей части гражданского права может уже считаться ссылкой на связь источников разных отраслей эстонского права. Однако еще более

существенно то, что договор и по ЗОЧГК, и по ОПЗ, определяется как сделка, а общие нормы о сделках содержатся в ЗОЧГК. Тем самым регулирующее воздействие ЗОЧГК на трудовой договор можно признать путем логического толкования через построение силлогизма.

Называя соглашение о трудовых отношениях договором поручения, работодатель и вынужденный это сделать работник прикрывают один договор другим. В этом случае в соответствии с ЗОЧГК § 89, ч. 1 имеет место притворная сделка, к которой по § 89, ч. 2 этого закона применяется правило о ничтожности прикрываемой сделки и оставлении в действительности сделки прикрываемой, т.е. в нашем случае, - трудового договора.

5. Применение договора поручения

Все сказанное выше не исключает возможности использования договора поручения.

Роль работодателя может быть заменена на роль доверителя, а работника – на роль доверенного лица, если по своему характеру выполняемая работа может быть (при отсутствии названных свойств трудового договора) отнесена к договоренности о поручении оказать такую услугу. Подобного рода отношения, как известно, перерастают в представительство, при котором представитель вступает в правовые отношения с третьим лицом в интересах и от имени представляемого. Скажем, работодатель, наделяя трудящегося у него по трудовому договору работника (например, юриста фирмы), правом представлять работодателя в сделках с третьими лицами и заключать эти сделки (договоры) от имени представляемого (работодателя), вступает со своим работником в гражданско-правовые отношения на основе особого соглашения, являющегося договором поручения. В таких случаях происходит наделение доверенного лица полномочиями, которые имеются у доверителя, что нейтрализует такую особенность трудового договора, как подчинение работника руководству и контролю со стороны работодателя. Хотя поверенный обязан выполнять указания доверителя, но это не то же самое, что выполнение работником своих обязанностей под руководством и контролем работодателя.

Не случайно в законе сделана оговорка о том, что. «если поверенный должен исполнить поручение, основываясь на своих специальных знаниях или способностях, то доверитель не вправе давать подробные указания в отношении способа и условий исполнения поручения». (ОПЗ § 621, ч. 1)

Приложение

Особенности трудового договора и договора поручения

<i>Основания различий</i>	<i>Трудовой договор (ЗоТД)</i>	<i>Договор поручения (ОПЗ)</i>
Общее понятие	На основании трудового договора физическое лицо (работник) выполняет для другого лица (работодателя) работу, подчиняясь его руководству и контролю. Работодатель выплачивает работнику вознаграждение за труд. (§1, ч. 1)	По договору поручения одно лицо (поверен- ный) обязуется в соответствии с договором оказать другому лицу (доверителю) услуги (исполнить поручение), а доверитель обязу- ется уплатить ему за это вознаграждение при наличии соответствующей договорен- ности. (§ 619)
Возможность применения другого закона	К трудовому договору применяются положения Закона об обязательственном праве, касающиеся договора поручения , если в настоящем законе не предусмотрено иное (§1, ч.3).	Положения общей части настоящего Закона применяются ко всем договорам, указанным в настоящем Законе или иных законах, включая трудо- вые договоры , и к иным многосторонним сделкам, а также к договорам, не указанным в законе, но не противоречащим содержанию и смыслу закона, и к обязательственным отношениям, не вытекающим из договоров.(§1, ч. 1)
Обязательность положений зако- на	<i>Соглашение сторон, которое отклоня -ется с вредом для работника от поло- жений ЗоТД и ОПЗ, касающихся прав, обязанностей и ответственности сторон договора, является ничтожным, за исключением случая, когда возмож- ность отклоняющегося с вредом для работника соглашения предусмотрена ЗоТД (§ 2)</i>	<i>Вопрос решается с учетом принципов диспозитивности, добросовестности и разумности</i>
Степень свобо- ды наемной сто- роны договора	<i>Работник подчиняется руководству контролю работодателя. (§1, ч. 1)</i>	Поверенный обязан при исполнении поруче- ния соблюдать указания доверителя. Если поверенный должен исполнить поручение, основываясь на своих специальных знаниях или способностях, то доверитель не вправе давать подробные указания в отношении способа и условий исполнения поручения.. (§ 621, ч. 1.)
Длительность договора	Предполагается, что трудовой договор заключается бессрочно. Срочный трудо- вой договор можно заключить на срок до пяти лет, если это оправдано уважитель- ными причинами, следующими из вре- менного срочного характера работы, в первую очередь временным увеличением объема работы или выполнением сезон -ной работы (§ 9, ч.1)	<i>Договор может быть срочным и бессроч- ным по договоренности сторон</i>
Возмездность и порядок рас- четов	<i>Абсолютная возмездность. Четкая законодательная рамочная регламента- ция размера и порядка денежных выплат (§§ 29-39)</i>	Если в договоре поручения не оговорена выплата вознаграждения, то вознаграждение подлежит выплате, если исполнение пору -чения можно разумно предполагать только за вознаграждение, в первую очередь в слу -чае исполнения поручения поверенным, осу-

		<p>существующим соответствующую хозяйственную или профессиональную деятельность. Если размер вознаграждения не определен, то должно быть выплачено разумное по обстоятельствам вознаграждение (§ 627)</p>
<p>Нормирование рабочего времени и времени отдыха</p>	<p><i>Четкая законодательная рамочная регламентация рабочего времени и времени отдыха, включая право работника на оплачиваемый отпуск (§§42 – 71)</i></p>	<p><i>Отсутствие регламентации рабочего времени и времени отдыха</i></p>
<p>Обусловленность локальным источником права</p>	<p><i>Ставится в зависимость от коллективного трудового договора при его наличии</i></p>	<p><i>Отсутствие такого источника</i></p>
<p>Прекращение договора</p>	<p><i>Прекращается по основаниям, названным в ЗоТД (§§ 79 - 110). При отказе от договора со стороны работодателя работник имеет право на денежную компенсацию, а в отдельных случаях и на дополнительную помощь (§§ 100, 101)</i></p>	<p><i>Основания прекращения обязательств. Денежная компенсация исключена</i></p>
<p>Ответственность</p>	<p>Если работник нарушил вытекающую из трудового договора обязанность, работодатель может использовать предусмотренные в ОПЗ средства правовой защиты только в том случае, если работник виновен в нарушении (§ 72 ч.1)</p>	<p>Должник несет ответственность за нарушение обязанности, за исключением случая, когда нарушение является простительным. Предполагается, что нарушение обязанности не является простительным. Нарушение обязанности является простительным, если должник нарушил обязанность вследствие действия непреодолимой силы (§ 103, ч. 1 и 2)</p>
<p>Способы защиты прав</p>	<p><i>Обращение в комиссию по индивидуальным трудовым спорам и в суд</i></p>	<p><i>Обращение в суд</i></p>

6. Проблемы юридического лица как субъекта ответственности по Karistusõigus

Роль права в развитии экономики Эстонии – особое направление исследований. В данном случае речь идет о законодательном регулировании статуса такого важного субъекта экономической деятельности, как юридическое лицо. Общество заинтересовано не только в экономической эффективности функционирования юридического лица. Важно также соблюдение им запретов, предписанных законодательством. Но эти предписания создают желаемый правопорядок при условии адекватности содержания правовых норм целям их создания. Между тем, в данной области существуют свои проблемы.

Два года спустя после начала действия Karistusseadustik, высший судебный орган государства счёл необходимым вернуться к обоснованию правомерности неизвестного ранее Эстонии вида наказания: принудительного прекращения юридического лица. Государственный суд, давая разъяснения по конкретному делу, был озабочен не вопросами применения этого наказания, а доказывания, в принципе, правомерности его существования. С точки зрения Госсуда юридическое лицо ответственно за преступление физического лица, совершенное в интересах юридического лица, согласно принципу производной ответственности. К тому же из контекста рассуждений суда видно, что, по его представлению, граница между публичным и частным правом может быть преодолена без каких-либо усилий, достаточно этого захотеть. Настолько эфемерно и конвенционально такое разграничение.

Сомнения в обоснованности введения принудительного прекращения юридического лица в систему наказаний, во всяком случае, в том виде, в каком это положение закреплено в действующей редакции KarS, объяснения Госсуда полностью не развеяли.

Наказание юридического лица является фикцией не в меньшей мере, чем само юридическое лицо. Все реальные правовые последствия принудительного прекращения юридического лица становятся уделом физических лиц. Наказание как упрек суда и кара воспринимается только физическими лицами. Юридическое лицо на такое не способно. Наказание, не воспринимаемое тем, кому оно назначено, как осуждение, как правовая реакция на виновное нарушение закона, имеет весьма ограниченный смысл. Он состоит лишь в том, чтобы оказать воздействие на физических лиц. Те из них, которые собираются использовать юридическое лицо для прикрытия своих темных дел, должны принимать в расчет, что наказание за совершаемые преступления распространится и на юридическое лицо, существование которого по приговору суда может быть прекращено. Тем самым ликвидируется одно из условий, способствовавших совершению преступлений физическими лицами, их маска, за которой пытались прятать свои лица. Принудительное прекращение юридического лица имеет не только символическое значение, но и выливается в реальный

имущественный и неимущественный ущерб для участников преступной акции, добавляя к карательным элементам наказания за индивидуальную вину каждого физического лица свои тяжелые последствия для всех физических лиц как участников юридического лица. И это еще вопрос, что будет восприниматься осужденным как более суровая кара: прекращение юридического лица или наказание физического лица.

Но, взяв на вооружение формально-догматический способ толкования закона, коллегия по уголовным делам не учла в должной степени опасность издержек такого способа. А они заключаются в том, что могут исказить сущность предмета анализа в угоду поставленной задаче и вследствие чрезмерного увлечения внешней стороной явления.

На самом деле добиться всестороннего оправдания введения рассматриваемого наказания для юридического лица совсем не просто. Не случайно наказательное право многих государств мира не признает уголовную ответственность юридического лица.

Природа юридического лица как фикции, объясненная немецким цивилистом фон Савиньи еще в позапрошлом столетии, предполагает деятельную роль физических лиц, находящихся за внешним фасадом этого искусственного образования, учрежденного на основании закона. Как самостоятельный субъект права юридическое лицо обладает своей правоспособностью, но, что касается дееспособности, то она выражается в деятельности органов юридического лица, являющихся его представителями. Имеется в виду правление, а в ряде случаев (например, для акционерного общества) и совет. Если иное не оговорено законом или уставом, каждый член правления выступает в роли законного представителя юридического лица. Быть представителем юридического лица может и иное физическое лицо, в том числе и руководящий работник, не являющийся членом правления. Но это будет представительство на ином основании, чем у членов правления. Например, на основании договора поручения, дающего полномочия для совершения сделки (могут быть оформлены в виде доверенности).

Юридическое лицо само по себе ничего совершать не может, в том числе и преступления. Последнее становится делом рук его представителей – физических лиц. Тем не менее, наказание в виде принудительного прекращения (а также денежного взыскания и некоторых дополнительных наказаний) юридическому лицу может быть назначено. Кроме того, за содеянное в интересах юридического лица наказание в соответствии со своей индивидуальной виной несет и физическое лицо, совершившее конкретное преступление.

Формально имущественное ущемление члена руководящего органа юридического лица, порождаемое принудительным прекращением этого лица, наказанием считать нельзя. Такой меры как наказания закон не называет. Но, поскольку KarS вообще не содержит норм о применении принудительного прекращения, то приходится обращаться к положениям Закона об Общей части гражданского кодекса (§ 43, ч.4). Имущество,

оставшееся после удовлетворения претензий кредиторов, передается государству. Для членов руководящего органа, а так же руководящих работников, лишение их акций или паев за то, что они совершили преступление в интересах юридического лица, по своему смыслу и назначению выполняет ту же самую роль, что и наказание. Возникает вопрос, не получается ли так, что за одно и то же деяние физическое лицо подвергается наказанию дважды: в соответствии со своей индивидуальной виной и как представитель юридического лица?

Госсуд на этот вопрос дает отрицательный ответ, прибегая в качестве аргумента к теоретическому принципу производной (деривативной) ответственности. По доктрине любое наказание является правовым следствием преступления, т.е. производно от последнего. В свою очередь правовые последствия, производные от наказания, тоже известны (регистр наказаний с его ограничениями прав осужденного, лишение права получить гражданство или участвовать в выборах и др.). Лишения, вызванные принудительным прекращением юридического лица, казалось бы могли истолковываться как относящиеся к этой категории, если бы ни одно обстоятельство. Они, все-таки, являются производными от преступления, а не от наказания, что существенно сближает их с наказательной карой, а не со вторичным правовым последствием (деривативным), вытекающим из наказания.

Проблематичен вопрос и о том имущественном ущербе, который претерпевают рядовые члены юридического лица, например, акционеры и пайщики, не имеющие никакого отношения к виновному деянию, совершенному членами правления (совета) или иными руководящими работниками в интересах юридического лица.

Госсуд исходит из того, что лишение этих жертв принудительного ликвидационного процесса их имущества в виде акций и паев в силу передачи этого имущества в доход государству оправдывается соображениями экономического риска. Якобы, становясь членами юридического лица, эти физические лица должны были отдавать себе отчет в том, что предпринимательство дело рискованное и что альтернативой получению дивидендов может стать утрата своих вложений.

Но «экономический риск» не является категорией наказательного права, которое базируется на публично-правовых, а не частноправовых отношениях. Имеется существенная разница между утратой своего имущества по причине неудачной коммерческой сделки и лишением права собственности на это имущество из-за того, что это имущество забирает себе государство в качестве наказания за преступление, совершенное представителями юридического лица. В гражданском праве даже при ничтожности сделки или ее аннулировании производится двусторонняя реституция (за некоторым исключением), т.е. каждая из сторон сделки восстанавливает свое *status quo*. В том числе и тогда, когда основанием ничтожности является нарушение закона или добрых обычаев.

Стоит считаться с приоритетом основных прав человека как общим принципом современного права по сравнению с соображениями правовой карательной целесообразности. Право быть собственником – одно из фундаментальных человеческих прав, закрепленное в § 32 Конституции Эстонии и основанное на естественном порядке вещей. И в этом качестве такое право должно выходить победителем из столкновения с позитивистскими конструкциями, созданными законодателем.

Названные проблемы в какой-то мере можно было бы разрешить, если бы в KarS были нормы о применении наказания в виде принудительного прекращения юридического лица, которых сейчас нет.

Если, исходить из правомерности существования принудительного прекращения юридического лица как вида основного наказания за преступление, то можно было бы в правилах о применении этого наказания учесть такие возможности:

- ⌚ возможность создания специальной нормы о применении принудительного прекращения юридического лица, в которой предусмотреть порядок осуществления ликвидационного процесса, сходный с тем порядком, который признан гражданским правом, но учитывающий строгую обязательность его осуществления в силу публичного интереса в применении наказания даже в тех случаях, когда суду не удастся добиться согласия быть ликвидатором ни от одного потенциального кандидата на эту роль;
- ⌚ возможность замены принудительного прекращения юридического лица на привлечение его к выполнению общественно-полезных работ (криминальное направление деятельности представителей юридического лица, за которое оно подвергается наказанию, не исключает того, что оно может располагать качественным менеджментом, техническими, научными, финансовыми, человеческими ресурсами, которые можно использовать в общественно-полезных целях);
- ⌚ возможность участникам принудительно ликвидируемого юридического лица, не виновным в совершении преступления в интересах юридического лица, требовать от государства возмещения им стоимости принадлежащего им, но принудительно отчужденного государством, имущества;
- ⌚ возможность условного освобождения юридического лица от принудительного прекращения с установлением испытательного срока.

7. Инновационное право и правовые инновации

1. Исполняя регулирующую и охранительную роли, право не может оставить вне своего воздействия инновации, производимые в разных сферах жизнедеятельности социума. Идея о том, что право обречено лишь на консервацию отношений, что его предназначение обеспечивать устойчивость социальных систем, а не их динамичность, схватывает лишь одну сторону жизненного процесса. Такой взгляд лишает право многого из того, что оно на самом деле производит и оформляет. Обновляемость, инновационность нуждаются в правовом импульсе и поддержке со стороны государства не в меньшей степени, чем укоренившиеся ценности сознания и бытия, тем более, что ростки нового обладают по своей природе меньшими ресурсами к самоосуществлению, чем ранее сформировавшиеся и признанные достижения, уже накопившие арсеналы средств для сохранения и развития. Использование возможностей права для стимулирования инноваций, их защиты и продвижения в жизнь может быть оценено как одно из привлекающих к себе внимание направлений инновационного процесса.

У этого вопроса заметны две ипостаси, одна из которых может быть названа инновационным правом, а другая – правовыми инновациями.

2. Осмысливая возможности использования понятия инновационного права, в первую очередь необходимо воспротивиться его отождествлению с правом интеллектуальной собственности. Последнее, охраняя интеллектуальную собственность (изобретения, научные открытия, литературные, художественные и научные произведения, промышленные образцы, фирменные наименования, товарные знаки и др.), создает предпосылки для исключения посторонних заимствований без согласия субъекта права интеллектуальной собственности и регулирует отношения, основанные на этом праве. Это, признанные законом права на результат интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации.

Между тем инновации не могут быть определены в столь широком аспекте. Тут важен не любой результат интеллектуальной деятельности и не всякая интеллектуальная деятельность. Речь идет о творческом интеллектуальном процессе, нацеленным на получение нового знания, о возможности фиксации получения на основе этого знания дополнительной ценности, о внедрении полученного качественного результата. Тем самым понятие инновационного права создает возможность вычленения в праве интеллектуальной собственности самого

существенного, ценностного начала, узнавание которого возможно не столько по новизне идеи, сколько по ее эффективности, особенно с учетом практического внедрения

Выделение инновационного права предполагает учет не только теоретико-познавательного аспекта, но и разработку правового механизма особой, привилегированной защиты инноваций по сравнению с другими объектами охраны права интеллектуальной собственности.

3. Правовые инновации – это вопрос, требующий отдельного рассмотрения.

За правом необходимо признать способность не только оформлять сложившиеся отношения, устанавливая для их участников взаимно адресуемые права и обязанности, когда при нарушении последних возможно применение государственного принуждения. Право располагает возможностью создавать отношения определенного вида, которые изначально, уже при своем зарождении как тип взаимосвязи субъектов, имеют право в качестве своего породителя. При таком варианте возникает вопрос о правовых инновациях.

Создание нового права нашего государства происходит уже два десятка лет. В этом процессе использовались и реституционные приемы, и заимствования из действующего права многих развитых государств Запада (особенно Германии). Не обошлось и без собственных правовых инноваций, которые можно заметить во всех отраслях современного права Эстонии.

Появление новых правовых норм явление естественное и закономерное. Но инновации – это не всякие новшества, что следует из изложенного выше их понимания. В то же время необходимо обратить внимание на особенности инноваций как правовых феноменов, отличающихся от инноваций в других областях. Оценка правовой нормы (института права, отрасли или целой правовой системы) как инновационной связана с тем, что новаторская идея должна обрести свою жизнь в такой форме (законодательство, санкционированный обычай, акцептированное этическое требование), которая признана соответствующим субъектом системы права. Тем самым правовая новация укладывается в русло правовой системы данного государства или межгосударственного объединения (как Европейский Союз), а также – международного права. Следствием такого понимания становится возможность признавать инновационными правовые новшества, которые считаются таковыми с учетом масштаба их применения (государство, межгосударственное объединение, регион, континент, планета) и исторического времени (модернизированная рецепция Римского права для вещного права Эстонии – тоже инновация). Большее значение, чем выявление истоков новшества в данной правовой системе, имеет его содержание, возможность практического использования и обусловленность общепризнанными современными принципами права. При этом весомую роль играет логическая, фактологическая и

футурологическая аргументация, положенная в основу инновационной идеи.

Чтобы придать вопросу большую ясность, разберу его на одном примере.

4. Сейчас уже сложилась целая плеяда авторов, - экономистов, социологов, криминологов, юристов - прямо или косвенно обосновывающих в своих трудах эту идею, так называемого, возвратного права. Излагая их взгляды и формулируя свою позицию, российский доктор экономических наук и кандидат технических наук Б.А. Минин посвятил возвратному праву объемную монографию.¹ Она, содержит критический анализ существующего положения в области правового регулирования и конструктивные, можно сказать революционные, предложения, способные, как полагает автор, в случае их осуществления коренным образом изменить в лучшую сторону всю систему юридической ответственности и правосудия.

Автор исходит из предположения, что право (например, хеттское право), существовавшее до того, как сложилась система, созданная римскими юристами или более позднее право, не воспринявшее нормы римского права (российское - до Уложения 1649 года), было значительно экономичнее, результативнее и справедливее, чем то, что сделали древние римляне, и на чем основана современная континентальная правовая семья. Это касается в первую очередь вопросов юридической ответственности, в том числе и пенитенциарной. Отсюда предложение: вернуться к основам старого права, главной из которых был принцип имущественной возмездности за нанесенный ущерб. Такое предложение и получило название «возвратного права».

«Сейчас, - по мнению Б.А. Минина, - вопрос стоит об оптимизации форм и размеров наказания и правил распределения сил на правоохранительные позиции. Штраф и заключение в тюрьму – это альтернативные формы наказания. Да, по форме. Но по содержанию то и другое является средством нанесения «ответного удара» общества в направлении противостоящей ему личности. На наш взгляд, было бы правильнее, гуманнее и действеннее, если бы это была не месть, не кара, а лишь требование «возврата» того, что «взял». Автор включает в систему основных признаков возвратного права три позиции.

«1. Приоритетом (а для подавляющего большинства случаев – вообще единственным критерием) при решении вопроса о виновности и о степени виновности преступника является размер нанесенного им ущерба другому лицу, обществу с одновременным отказом от всякой ссылки на действующую норму права – основы сегодняшних судебных разбирательств.

2. Предъявление преступнику обязанности компенсировать в материальной, наиболее универсальной форме всего нанесенного ущерба,

¹ Минин Б.А. Возвратное право: - правосудие, социальная безопасность и социальное развитие. Москва: Юриспруденция. 2007. стр. 472.

не предусматривая лишения свободы как универсального метода наказания (за исключением лиц, действительно показавших свою социальную опасность). Сама компенсация может быть выражена в виде материальных средств от преступника, от его коллег, родственников или «третьих лиц». Или в виде личной отработки на тяжелых – но не унижительных! – номинально оплачиваемых работах.

3. Требование компенсации может быть предъявлено через суд и другие официально установленные органы потерпевшим или любым лицом с необходимым обоснованием нанесения ущерба. При этом ни о какой отмене или снижении уровня следственных работ не может быть и речи».¹

Благодаря осуществлению изложенных принципов автор рассчитывает, что удастся преодолеть многие барьеры на пути установления желанной эффективной справедливости. Откроется возможность ликвидировать невероятное затягивание судопроизводства, избавиться от огромного числа ошибочных решений, резко сократить число нормативных актов. Автор в принципе выступает за беззаконие. Законность не требуется для такой акции как возмещения ущерба. В порядке исключения все-таки допускается перспектива создания единого кодекса с максимально ограниченным числом норм уголовного, гражданского и административного права.

Действительно, все можно до предела упростить и сократить, если единственной задачей станет возмещение ущерба. О деянии можно будет судить по одному критерию – нанесенный вред. Почему это произошло, каким образом, как преступник относился к содеянному – все это становится такими мелочами, которым нет смысла придавать значения. Надо только доказать факт вреда, определить его размер, установить лицо, причинившее вред и взыскать ущерб – часть в пользу потерпевшего, другую часть государству в целях возмещения расходов на юстицию. Если по действующим правилам гражданского судопроизводства потерпевший сам должен доказывать обстоятельства, связанные с возникновением ущерба, то по-новому эту задачу будут решать государственные органы (суд, предварительное следствие), но оплачивать всю их деятельность и расходы должен причинитель вреда. Нужно добиться того, чтобы закон защищал потерпевшего, а не преступника.

Что же должно стать с тюрьмой? Отвечая на этот вопрос, автор допускает сохранение тюрьмы только для двух нужд: «-как изоляторы для защиты общества от лиц, которые в силу наличия определенного психотипа, подтверждаемого многократностью правонарушений, должны быть признаны социально опасными; - как места компактного размещения лиц, зарабатывающих на возмещение ущерба при невозможности его единовременной компенсации – т.е. как трудовые лагеря или рабочие дома с соответствующими условиями – жесткими (спартанскими), но не унижительными».

¹ Указ соч. с 19.

Отношение к новаторству не может быть простым. И. Кант обоснованно предлагал пропускать идеи через критику чистого разума, и принимать их только тогда, когда они выдержат испытание этой критикой. Тем более, когда теоретически объясняемые предложения направлены на коренную переделку важного сектора социального устройства и затрагивают базовые интересы общества, а, следовательно, очень многих людей. Именно к этой категории относятся новации, представленные в книге Б. А. Минина.

5. Если не считать совершенно обоснованных сентенций о пороках современного правопорядка и правосудия, на что и ранее обращалось внимание масс-медиа и научной литературой, то большинство идей теории возвратного права вызывает серьезные сомнения.

Что касается проблем преступности, уголовного правосудия и пенитенциарного дела, то их анализ и разрешение будут корректными при обеспечении всестороннего подхода. К сожалению, он не использован при обосновании возвратного права.

Дело в том, что многие усложнения, которые предлагается устранить из правовой системы и практики, вызваны к жизни не только стремлением к формализации процесса юридической ответственности, но и заботой о недопущении наказания невиновного лица. Почему-то эта серьезная проблема начисто выпала из поля зрения автора рассматриваемой книги. Оказались забытыми злодеяния нацистского и большевистского режимов, да и уж не столь исключительные, в частности в России, в наши дни неправосудные обвинительные приговоры. После разоблачения злодеяний сталинского времени, стала ходить поговорка: «Пусть лучше десять виновных не будут привлечены к ответственности, чем наказан один невиновный». Гипербола отражала атмосферу «оттепели», была явным перегибом палки в другую сторону, но, по сути, выражала основополагающий принцип пенитенциарного права и уголовного процесса ответственности за индивидуальную вину при наличии в деянии признаков состава преступления.

Обращает на себя внимание и другое. Никто не смог опровергнуть необходимость специальной превенции. Надо стремиться к недопущению нового преступления осужденным путем способствования превращению преступника в нормального человека. Значит, обеспечение его прав – дело нужное и полезное.

Если предположить, что полное возмещение ущерба станет возможным, то оно выльется для каждого причинителя ущерба в довольно крупные суммы. Поскольку преступления, а тем более, гражданские и административные правонарушения, имеют значительную распространенность, то получится так, что усилиями государства значительно расширится зона бедности. В ней окажутся и правонарушители из средних слоев общества, у которых будет отнято имущество для возмещения ущерба. Насколько бедность является питательной средой преступности, говорить не приходится. Таким

образом, идея, нацеленная на противодействие росту преступности, сработает в диаметрально противоположную сторону.

Для тех причинителей ущерба, которые не могут его возместить потерпевшим и государству, возвратным правом уготована особая участь – принудительный труд. По поводу этой идеи хотелось бы отметить следующее. Масса людей, зарабатывающих на возмещение ущерба под надзором, намного превысит нынешнюю численность заключенных. В эту когорту дополнительно попадут задолжники по гражданским и административным правонарушениям. Надзор – тоже дело весьма затратное.

Следовательно, суммы возмещения ущерба еще более увеличатся. Массовый характер таких работ способен привести к возрождению лагерей эпохи диктатуры пролетариата. А поскольку для возвратного права главное - интересы потерпевшего, а не права правонарушителя, не трудно представить, в какой режим все это может вылиться/

6. Критическая оценка инновационной идеи возвратного права не означает, что надо отвергнуть предложение об усилении защиты прав потерпевшего - физического лица. При обеспечении гарантий прав обвиняемого, в отношении потерпевшего, на мой взгляд, допустим ряд инноваций.

Хотя в Общей части KarS нет какой-либо нормы, которая указывала бы на потерпевшего как на субъекта пенитенциарно-правовых отношений, которым он по сути дела и не является, но с точки зрения доктрины и практики правовой статус потерпевшего чрезвычайно важен не только в процессуальном, но и материально-правовом аспекте.

Понятие потерпевшего сопряжено с понятием непосредственного объекта преступления. Среди объектов особо выделяются те, которые являются охраняемыми законом благами, связанными с основными правами человека. Право на жизнь, право быть собственником и др. Конституция Эстонской Республики регламентирует эти права и свободы в первоочередном порядке, и лишь после этого предусматривает нормы об организации и функционировании государственной власти и местного самоуправления. По сравнению с прежним Уголовным кодексом, действовавшим в Эстонии до KarS, в нынешнем законе глава о преступлениях против личности, а также иные главы, содержащие составы преступлений, посягающих на интересы человека, размещены значительно раньше, чем главы о преступлениях против государства и его институтов. Едва ли, кто сейчас сомневается, что в системе европейских ценностей защита прав человека занимает центральное место.

Анализ норм KarS, тем не менее, показывает, что для решения вопроса по существу, а не только ради декларирования того внимания, которое наказательное право уделяет защите прав человека, имеются еще не использованные ресурсы.

Одной из «первых ласточек», оповестивших о движении в сторону законодательного усиления рассматриваемой защиты, стала новелла,

содержащаяся в статье 83¹ KarS. В части 3 статьи сказано, что суд может в целях удовлетворения гражданского иска исключить из состава подлежащего конфискации имущества предмет гражданского иска.

Эта, казалось бы, второстепенная ремарка, расположенная в самом конце текста части третьей статьи 83¹, может иметь принципиальное значение для развития системы пенитенциарно-правовых мер, нацеленных на дальнейшую защиту прав потерпевших.

Существо проблемы заключается в том, что с точки зрения интересов потерпевшего нынешнее соотношение наказания и возможностей потерпевшего на восстановление (в пределах реального) своего status quo явно не сориентировано на преимущественную защиту его прав как прав человека.

Два основных вида наказания для физического лица, признанного судом виновным в совершении преступления, - денежное взыскание и тюремное заключение – имеют самодовлеющее значение и считаются самыми прямыми и непосредственными правовыми последствиями преступления.

Даже при решении суда о досрочном освобождении от наказания и условно-досрочном освобождении от отбытия наказания в виде тюремного заключения на первый план выдвигается обусловленное государственными интересами достижение целей наказания, особенно в виде специальной превенции, к которым защита прав потерпевшего прямо не относится и в законе не сформулирована.

Конечно, косвенно, потерпевший тоже заинтересован в предотвращении рецидива со стороны виновного лица и в существовании устойчивого правопорядка. Но государство, наказывающее преступника, обеспокоено своими проблемами, имеющими общий, и, подчас, абстрактный смысл. Как то один американский социал-психолог заметил, что человек, мучающийся от зубной боли, будет мечтать, прежде всего, о том, как избавиться от нее, нежели чем он станет переживать из-за дефицита государственного бюджета, если таковой возникнет.

В аспекте наказательного права конкретика проявляется применительно к личности осуждаемого лица. Это он рассматривается как человек, обеспечения прав которого требуют принципы статьи второй KS. Все это необходимо, но лишь при условии, что злодейство и его жертва будут занимать на шкале значений разные места, а интересы потерпевшего – находиться на более высокой позиции, чем сейчас.

Короче говоря, стоило бы направить решение проблемы по такому пути, идя по которому наказание как правовое последствие преступления, используемое государством для своих целей, можно было бы поставить в зависимость от удовлетворения интересов потерпевшего как человека, пострадавшего от преступления. Основная цель, которую преследует потерпевший, - это восстановление (в пределах реального) своего прежнего положения в том размере, какой был до нанесения потерпевшему вреда преступником и компенсация морального ущерба.

Стоит принимать в расчет, что наказание как акцептированные государством вид и мера воздействия на виновное лицо, и наказание как бремя, которое несет осужденный и которое он воспринимает как кару, это не одно и то же. Ощущения и размышления осужденного, связанные с необходимостью возмещения вреда потерпевшему, могут практически не отличаться от того, что он испытывает, выплачивая государству денежное взыскание, назначенное ему в качестве основного наказания. Пойдут ли денежные суммы в государственную казну или частично, а возможно и полностью, уйдут к потерпевшему как к жертве преступления, для лица, отрывающему от себя эти деньги, едва ли имеет существенное значение. Разница в выплатах важна не для осужденного, а для государства. В какой-то мере за счет денежных взысканий пополняется государственная казна.

Однако стоило бы напомнить, что либеральная демократия - удовольствие не из дешевых. Значительных затрат требуют избирательные кампании, содержание налогоплательщиками парламента, дотации, выдаваемые государством политическим партиям, и многое другое. В том числе и прежде всего – обеспечение и защита прав человека. Если такая задача для государства не на словах, а на деле, действительно является приоритетной, то дилемма, кому отдавать деньги, отбираемые у осужденного, государству или потерпевшему, предполагает однозначный ответ в пользу потерпевшего. Точнее можно сказать так: сначала необходимо возместить потерпевшему весь понесенный им ущерб и лишь остаточные суммы забирать для исполнения наказания в виде денежного взыскания.

В стороне от предлагаемых преобразований не должно остаться и такое наказание, как тюремное заключение. В ходе отбытия заключенным наказания необходимо его стимулировать на компенсацию ущерба, нанесенного преступлением потерпевшему. Почему бы таким стимулирующим приемом не сделать зачет дней отбывания срока заключения пропорционально величине возмещенного потерпевшему ущерба? Кроме того, что такое решение вопроса означало бы реальную защиту прав потерпевшего, оно в значительно большей степени, чем действующая система, знаменовала собой перевод в практическую плоскость принципа справедливости, находящегося в основе института наказания.

Расчет виновного лица с потерпевшим в виде выплаты денежных сумм можно было бы сделать одним из неперемных условий условного освобождения от наказания и условно-досрочного освобождения от наказания в виде тюремного заключения.

Между тем, в Эстонии на практике все более проявляет себя тенденция к понижению уровня государственной защиты прав человека. Свидетельств тому много. Например, известно, что прокуратура стала прекращать производство по делам о хищениях имущества, предлагая потерпевшим обращаться в суд в порядке гражданского судопроизводства

с исками к лицам, совершившим такое преступление. Председатель правовой комиссии Рийгикогу оправдывает прокурорскую практику тем, что «маленькому и развивающемуся государству не хватает ресурсов во многих областях, в том числе и в борьбе с преступностью. В этой ситуации следует определить приоритеты и стараться добиваться максимального успеха в области пресечения правонарушений, влекущих за собой крупный ущерб, например, это могут быть наркоторговля, отмывание денег и коррупция. Если передача уголовных дел в гражданские суды принесет результаты и высвободит силы для улучшения борьбы с правонарушениями, то почему бы и нет?»¹

Не будем рассуждать о ресурсах маленького государства. Одно ясно, что дело не только в их размере, но и в том, как и на что они распределяются правящей коалицией. В числе тех китов, на которых базируется общественное и личное благополучие, значится обеспечиваемая государством защищенность человека от преступности во всех ее проявлениях. Считать, что в этой сфере требуется экономия средств в условиях, когда на ветер выбрасываются миллионы крон (одна приватизация и реприватизация железной дороги чего стоила!), значит обрекать общество на безрадостное и тревожное существование.

Правопорядок и безопасность, рассматриваемые в человеческом измерении, выглядят несколько иначе, чем с высоты пирамиды государственной власти. Каждый налогоплательщик и члены его семьи имеют право на уверенность в том, что государство защитит их блага от преступных посягательств, а не заставит жертву преступления тратить свои материальные и духовные ресурсы на достижение справедливости. Либерализм, доведенный до крайности, становится опасным абсурдом. Автор комментируемого высказывания предлагает ожидать результаты от передачи дел в гражданские суды. Но уже а priori можно сказать, что для человека, пострадавшего от преступления, результат будет плачевным. Примерно в такой же мере, как для виновного лица он станет обнадеживающим на дальнейшую преступную деятельность. Осуществляемый сейчас курс будет иметь своим последствием еще большее усиление социального неравенства, рост разочарованности рядовых членов общества в своем государстве, которое отказывается защищать своими силами признаваемые на словах права человека.

А может быть стоило бы сделать все наоборот? Потерпевшего, участвующего в уголовном процессе, избавить от необходимости предъявлять исковое требование. Пусть о потерпевшем печется государство, доказывая свою приверженность принципу защиты прав человека. Ныне существующий порядок в моральном плане – это демонстрация государством своего безразличия к судьбе потерпевшего, который, сам должен заниматься обеспечением своих интересов, ущемленных преступлением. Если процесс имеет публичный характер, то

¹ Лепассалу Веркко. Легкий макияж для преступлений. Комментарий.// День за днем, 2008, №12 (86), с.9.

ее, эту публичность, следовало бы довести до логического завершения. Вопрос не должен решаться в зависимости от инициативы и без того, пострадавшего от преступления лица. Все-таки, для него иск – это дополнительные, а, возможно, и обременительные хлопоты, тем более, когда он рассматривается в порядке гражданского судопроизводства.

7. Внедрение высказанных выше предложений требует осмотрительности. Необходимо обеспечить сохранение баланса обеспечения прав и интересов потерпевшего, с одной стороны, и реализации целей наказания, - с другой. Это далеко не идентичные задачи. Можно понять, почему в KarS «деятельное раскаяние» не отнесено к категории обстоятельств, освобождающих от наказания, а считается лишь одним из возможных условий смягчения наказания. Если бы это было не так, то была бы открыта широкая дорога для виновного лица «откупиться от наказания», и тем самым убедиться в реальности перспективы совершать преступления, не опасаясь быть подвергнутым наказанию.

Германскому наказательному праву известен институт возмещения вреда. Соответствующий параграф - 46а - был включен в кодекс в 1994 году под названием «Соглашение лица, совершившего деяние, и потерпевшего. Возмещение вреда». Практика судов Германии исходит из необходимости ограничительного толкования этой нормы.

Признавая полезность восприятия германского опыта решения проблемы, необходимо тем не менее заметить, что такой вариант обеспечения прав и интересов потерпевшего от преступления является излишне компромиссным, так как, все-таки, последнее слово оставляет за виновным лицом, а не за потерпевшим. Правила доминанты потерпевшего необходимы. Однако они должны иметь в чем-то ограничительное содержание. Создание таких правил – задача не простая и самостоятельная, нуждающаяся в специальной разработке и обсуждении. Пока что имеет смысл ограничиться постановкой вопроса в принципе.

8. Наказательная альтернатива

Конституционное решение вопроса о праве на жизнь в Эстонии оказалось производным от ранее признанных мировым и европейским сообществами нормативов соответствующего содержания (§ 3 Всеобщей декларации прав человека, § 6 Международного пакта о гражданских и политических правах, § 2 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод). Формулировка Эстонского Основного закона оказалась полностью заимствованной из § 6 названного Международного пакта 1966 года. Одно это обстоятельство могло бы в силу авторитета международного гуманитарного права, оградить вопрос от его запоздалого анализа. Тем не менее, рассматриваемая норма, изучаемая в контексте конституционного права отдельного государства, предполагает ее связь с другими конституционными нормами, а в плане живой конституции подразумевает необходимость соотнесения ее с реалиями жизни государства и общества.

Странно было бы задаться вопросом, почему в Основном законе Эстонского государства закреплено право на жизнь (§ 16). Ответ находится в плоскости аксиом, не предполагающих необходимость своего обоснования. И без того понятно, что речь идет об основной и приоритетной ценности, без признания которой демократия, свобода, справедливость и другие основы современного цивилизованного мироустройства лишены всякого смысла. Сначала жизнь и право на нее, а потом – все остальное. Ибо все остальное отвечает на другой вопрос, кто и какой жизни отдает предпочтение при условии, что само право на жизнь акцептировано государством и им гарантировано. Разумеется, было бы упущением игнорировать взаимообусловленность рассматриваемых начал. Право на жизнь предполагает демократию, свободу и справедливость не в меньшей степени, чем эти принципы включают в себя признание права на жизнь. Но для анализа существа вопроса важно выделение его понятийного смысла.

Проблема права на жизнь многогранна. Можно было бы обозначить целый ряд аспектов проблемы. В их числе:

- ⌚ право на жизнь в системе основных прав и свобод человека;
- ⌚ государственно-правовые гарантии права на жизнь (конституционное и отраслевое регулирование);
- ⌚ проблема «права на смерть» как антитезы «права на жизнь» (аборты; трансплантация жизненно важных органов человека; правовое обоснование причинения смерти одному ради спасения жизни многим; профессии, связанные с опасностью для жизни);
- ⌚ право на жизнь и возможности распоряжения своей жизнью (пределы возможностей согласия потерпевшего как обстоятельства, исключающего противоправность деяния);
- ⌚ правовые проблемы суицида;
- ⌚ правовые проблемы эвтаназии;

⌚ проблема смертной казни.

Предметом дальнейшего рассмотрения является последний из перечисленных аспектов.

Эстонский парламент путем ратификации шестого протокола к Европейской конвенции по защите прав человека и основных свобод отменил смертную казнь в 1998 году. Позже был сделан еще один шаг в этом направлении. Государство признало, что отказывается от смертной казни даже в условиях военного времени или при неизбежной угрозе войны. Можно, таким образом, констатировать, что в Эстонии смертная казнь исключена в абсолютном смысле, хотя предсказывать, какое будет решение вопроса в отдаленной перспективе, едва ли кто сейчас решится. Мнение правящей политической элиты не опирается на массовое правосознание. Социологи приводят данные опроса, согласно которому три четверти эстоноземельцев являются приверженцами смертной казни за отдельные преступления.

Как известно из истории правовых и философских идей, запрет смертной казни обосновывается рядом априорных и прагматических соображений. Для Эстонии, по крайней мере, в настоящее время, важно учитывать свои внешние по отношению к внутреннему содержанию рассматриваемого вида наказания условия, объясняющие невозможность использования смертной казни.

В расчет, по всей видимости, принимается то обстоятельство, что влияние наказания, в целом, и смертной казни, в частности, на динамику преступности не стоит переоценивать. Как фактор генеральной превенции, представляющий собой лишь угрозу применения наказания в будущем, смертная казнь, конечно, пугает, но далеко не всех и не всегда. Поскольку все находящиеся в эстонских тюрьмах «пожизненники» (на 1. 01. 2008 года их было 35 человек¹) осуждены за убийства, имеет смысл посмотреть, как менялась динамика этих преступлений до и после отмены смертной казни. Картина (в абсолютных показателях) получается такая.²

1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2006
327	365	304	268	247	248	200	189	164	158	173	107	91

В последний период, при отсутствии смертной казни, рост преступных посягательств на личность также не наблюдается. Более того, на статистике не сказывается и те потрясения, которые проистекают из финансового и экономического кризиса. Если преступность способна не однозначно реагировать на такой детерминирующий фактор как социально-экономические потрясения, то тем более она не

¹ http://www.vangla.ee/orb.aw/class=file/action=preview/id=35787/Vanglate_aastaraamat_2007.pdf

² Данные за 1993-2004 годы получены из кн. П.Бейлинсона «Убийства и их квалификация». Таллинн: СГИ, 2006. Количество убийств, в том числе, совершенных с особой жестокостью, а также двух и более лиц, общеопасным способом и т.д., зарегистрировано в 2009 году на 9% меньше, чем в году предыдущем. См. Мерике Тамм. Число преступлений в кризис не выросло. //Postimees 13. 01. 2010.

обусловливается напрямую опасностью быть наказанным за совершение преступления. Число безработных с мая позапрошлого года постоянно увеличивается, но о росте числа преступлений (по данным зарегистрированных преступлений) этого сказать нельзя,- отмечает А. Лепс. - Наоборот, количество зарегистрированных Министерством юстиции преступлений уменьшается. Например, в I квартале 2009 г. количество зарегистрированных преступлений уменьшилось по сравнению с IV кварталом 2008 г. с 12787 преступлений до 10 646, или на 17 процентов, в то время как число безработных все время увеличивается. Уменьшилось также количество преступлений против личности и собственности, а также краж, разбоев и мошенничеств. Уменьшилось в 2008 г. и количество самоубийств по сравнению с 2007 г. с 253 до 247, или на 2,4 процента.¹

Отказ от смертной казни в Эстонии произошел под большим влиянием Совета Европы, членом которого наше государство является наряду с другими 46 государствами. Поддерживать имидж государства как члена авторитетной международной организации для Эстонии чрезвычайно важно и по политическим, и по гуманитарным, и по дипломатическим, и по экономическим соображениям. Европейская Конвенция воспринята Европейским союзом и используется при разрешении гуманитарных проблем. Нет необходимости объяснять, какие неблагоприятные последствия для малого государства, члена Европейского Союза, имело бы стремление плыть против течения. С этим мы обязаны считаться.

Другое обстоятельство переводит наше внимание на состояние судебной системы государства. Возможность использовать смертную казнь как наказание за преступление открывается при условии, что опасность судебных ошибок будет сведена к нулю. Это единственный вид наказания, исполнение которого по неправосудному приговору означает трагедию, спасения из которой не существует. Корпус судей, которым может быть доверено рассмотрение «расстрельных» дел, должен состоять из юристов высочайшей квалификации, отличающихся, кроме того, развитым нравственным чувством и глубокой человеческой порядочностью. При этом, суда присяжных в Эстонии нет, и даже идея о его введении никем не высказывается. Нынешнее же положение дел с уровнем профессионализма судей пока что оставляет желать лучшего. Выступая в июне 2006 года на заседании Рийгикогу, Председатель Государственного суда Мярт Раск признал, что деятельность судов государства и судебная система в целом страдают недостатками. Главный судья страны был озадачен качеством оспоренных судебных решений, которые составляют 16,7%. Как сказано в анализе, Таллиннский окружной суд рассмотрел 60,7% обжалованных решений и полностью отменил 54,8% из них. К настоящему времени изменений к лучшему не произошло.

Отказ от смертной казни осуществлялся поэтапно. Еще в конце того периода, когда исключительная мера наказания признавалась Уголовным

¹ Андо Лепс. Экономический кризис и преступность.// Õigus / Право. 2009, №1, с.20.

кодексом (с 1991 года), она фактически не применялась, а осужденные к этой мере в силу законодательного установления становились пожизненными узниками тюрьмы. Следовательно, еще до присоединения государства к международно-правовому отказу от смертной казни альтернативой этому наказанию стало пожизненное тюремное заключение. Таким путем была сохранена жизнь 17 осужденным к высшей мере наказания.

Тем не менее, сейчас с пожизненным заключением не все ясно. Альтернативный характер данного вида наказания можно расценить двояко.

С одной стороны, его карающая составляющая должна быть столь значительна, чтобы осужденный, у которого могла бы быть отнята жизнь, если бы смертная казнь не была отменена, не воспринимал свое пребывание в тюрьме в качестве акта государственного милосердия.

В этой связи замечу, что понятие тюремного заключения более точно отражает существо карательного воздействия на лицо, осужденное за тяжкое преступление, чем понятие лишения свободы. Дело не только в том, что других видов лишения свободы, кроме тюремного заключения, в эстонском государстве не существует. Понятие тюремного заключения, не концентрируя внимания на одном виде кары (ограничение пространства передвижения), более адекватно выражает существо этого вида принуждения, чем лишение свободы. Не в этом ли заключается существенное отличие помещения осужденного под домашний арест, практикуемое в ряде государств, от тюремного заключения? Тюремное заключение – это большая совокупность фактических и юридических карательных элементов, а не только лишение свободы. Однако по идее тяготы пребывания в тюрьме для лица, осужденного к пожизненному заключению должны быть еще более значительными, чем для остальных заключенных. Тут кара не должна быть ограничена только длительностью нахождения в застенках. Исходя из такой посылки, для этой категории заключенных надо было бы создать некое подобие оборнской или пенитенциарной тюрьмы.

В системе наказаний, пожизненное тюремное заключение занимает особое место. Эта особенность связана в первую очередь с тем, что из трех основных целей тюремного заключения (специальная превенция, генеральная превенция и физическая изоляция от общества) пожизненное тюремное заключение, если оно действительно пожизненное, способно в максимальной степени обеспечить реализацию второй и третьей цели, но не первой.

Генеральная превенция принимается в расчет, прежде всего, как способ удовлетворения справедливости, адресуемый массовым сознанием государственному правосудию. И в значительно меньших пределах - в силу своего устрашающего характера по отношению к тем, кто способен совершить тяжкое преступление. Оказаться в тюремной камере на всю оставшуюся жизнь для такого преступника, конечно, не вдохновляющая

перспектива. Но многое зависит от жизненного кредо осужденного (а что, если тюрьма для него «дом родной»?) и условий содержания. В тюрьме он может избавиться от многих проблем, усложняющих, а подчас, делающих трагической, жизнь на воле.

Специальная превенция в случае пожизненного заключения - вообще вопрос проблемный. Конечно, можно, вооружившись изрядным запасом цинизма, заявить, что для предотвращения преступного поведения в дальнейшем трудно отыскать более эффективное средство, чем пожизненное заключение в тюрьму. Но ведь, все-таки содержание специальной превенции заключается в ином: сделать человека способным нормально жить в современном обществе. Если заключение в тюрьму производится до конца жизни, то говорить о такой цели совершенно бессмысленно. Более строгой меры наказания для «пожизненника», чем он уже отбывает, быть не может. Тем самым страх перед возможной санкцией за новое преступление как сдерживающий от совершения деяния фактор в такой ситуации не работает. Отсюда и необходимость усиленного и круглосуточного контроля над такими заключенными.

Напомню, что выше был изложен лишь априорный подход к раскрытию смысла рассматриваемого наказания. Другая сторона альтернативного характера такого воздействия на осужденного состоит в уяснении действительного положения дела.

В Эстонии из существующих пяти тюрем две тюрьмы построены как сооружения европейского (камерного) типа с соответствующими условиями содержания. В них свое место отведено «пожизненникам». Международное гуманитарное право в принципе запрещает применение пыток, издевательств над людьми при отбытии ими наказания. Карательный смысл наказания должен реализоваться администрацией тюрьмы в пределах, установленных законом. Закон же не содержит никаких предписаний, которые могли бы быть аналогичны тем методам насильственного и унижающего человека воздействия, которые вошли в историю тюрем прошлых эпох. Чувство обреченности, бесперспективности нахождения в тюрьме может стать причиной неадекватного поведения осужденного. Считается, что у него должен быть определенный уровень благополучия, который бы ему не хотелось утратить из-за нарушения правил тюремной жизни. Штрафной изолятор – это нечто более худшее, чем обычный стандарт пребывания в тюрьме.

Тюрьма, в которой находятся эти заключенные, определяется Министерством юстиции. Допускается и такой вариант, когда они распределены по нескольким тюрьмам. В камеру размером порядка 9 м². помещаются два заключенных. Причем второй не обязательно должен быть «пожизненником». Каждый из них располагает кроватью, тумбочкой и табуретом. Никаких особых более жестких, по сравнению с другими обитателями тюрем, условий содержания в отношении «пожизненников» не предусмотрено. Они живут в тюрьме вместе с другими. Если такой заключенный подчиняется правилам, то он может работать, заниматься

спортом, учиться. Только за ним производится особый контроль. К тому же, в конце туннеля свет все-таки виден. Или через 30 лет – возможность условно-досрочного освобождения или акта помилования со стороны Президента республики.

При существующем в государстве прожиточном минимуме на одного человека в месяц равного 1000 эстонских крон плюс 800 крон на каждого последующего члена семьи один заключенный обходится в несколько раз дороже. Тут есть проблема, волнующая рядовых членов общества, все большее число которых в условиях кризиса с трудом сводит концы с концами. Непомерный рост цен за отопление и другие коммунальные услуги влечет за собой сокращение способности оплачивать жилье, а это рождает опасность его утраты. Но пожизненно проживающие в тюрьме осужденные оказываются свободными от подобного рода тяжелых жизненных ситуаций. Им гарантирована крыша над головой, сносное пропитание и другие, хотя, конечно, далеко не все, элементарные жизненные блага.

В связи с последними дополнениями, внесенными в KarS в июне 2009 года, возникает необходимость уяснения отличия пожизненного тюремного заключения от превентивного заключения в тюрьму.

Наказание за виновное деяние (преступление и проступок) не являются единственно возможными мерами (видами) воздействия на лицо. Глава 7 KarS состоит из норм, которыми регулируются иные меры воздействия. К ним относятся три разновидности конфискации, принудительное психиатрическое лечение, меры воздействия, применяемые к несовершеннолетним, контроль за поведением после отбытия наказания, заключение после отбытия наказания. Последние две меры воздействия и есть те самые новеллы, которые появились совсем недавно.

Для экономии места приведу характеристики заключения после отбытия наказания в схематическом изображении.¹

Из представленных схем особого внимания как раскрывающая положения, близкие по смыслу к освещаемой теме, заслуживает последняя схема. Из нее видно, что заключение после отбытия наказания возможно на неопределенно длительный период, превышающий срок 10 лет. Хотя для такого решения требуется наличие особых причин, но схожесть решения вопроса с пожизненным тюремным заключением очевидна.

Однако теоретически (судебной практики пока что нет). заметны и принципиальные различия. Цель превентивного заключения в тюрьму не совпадает с целями назначения наказания в виде пожизненного тюремного заключения. Основанием для превентивного заключения является не вина лица в совершении преступления, а негативные личностные характеристики лица, отбывшего тюремное заключение или не выполнившего требования условного освобождения от наказания, но не воспринявшего специальную превенцию. Специфичны и условия

¹ См. приложение

применения меры воздействия. Поскольку лицо оказывается в тюрьме в силу опасности для окружающих его личности, а не за совершенное преступление, то такие институты, как условно-досрочное освобождение от отбытия наказания или помилование, к нему не могут быть применены.

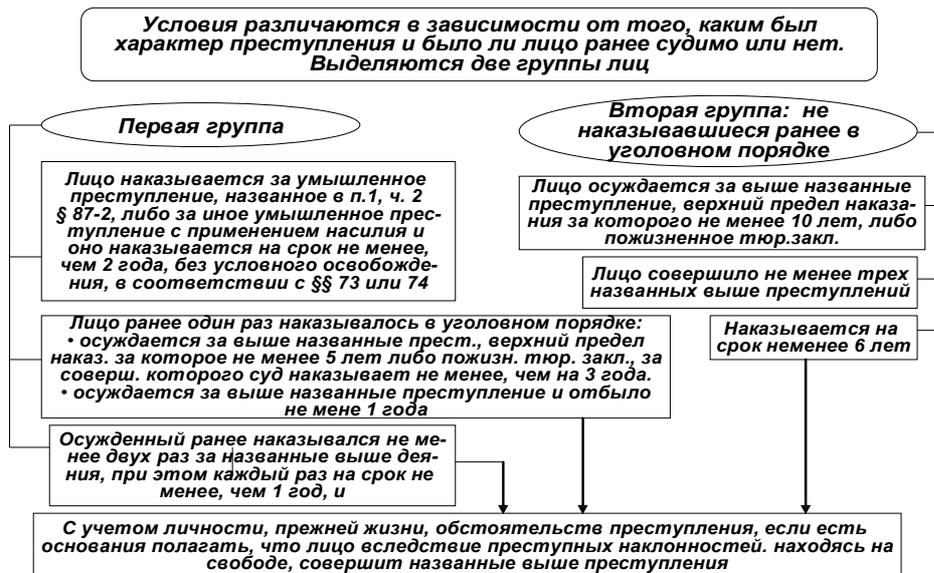
Спор между сторонниками «социологической» и «догматической» школ уголовного права ведется слишком долгое время, чтобы не заметить его след на рассмотренных нововведениях. Но это тема большого и принципиального разговора, который может увести нас в сторону от существа рассмотренного вопроса.

Приложение

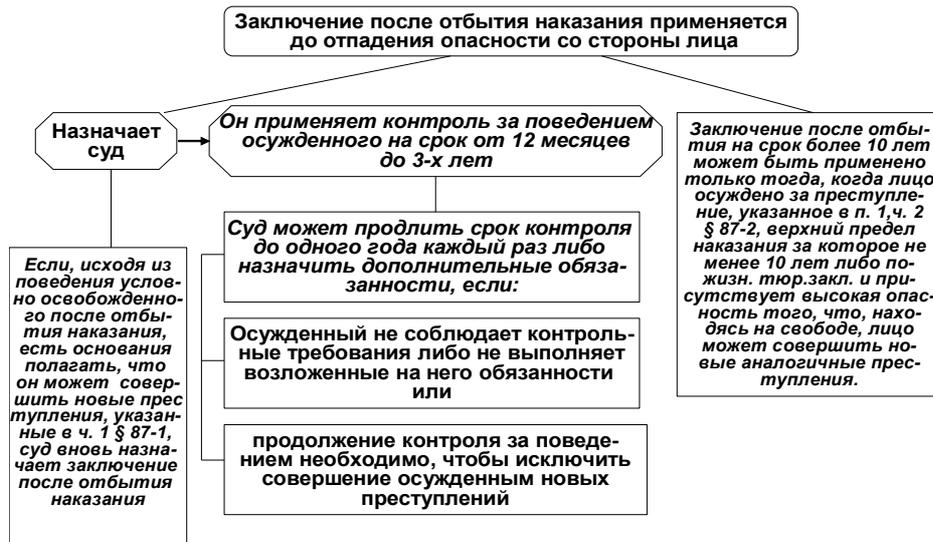
Понятие заключения после отбытия наказания (ч. 1, 5 и 6 § 87-2)



Условия заключения после отбытия наказания (ч. 2, 3 и 4 § 87-2)



Прекращение заключения после отбытия наказания (§ 87-3)



Отношения в сфере предпринимательства образуют большую и существенную по своему воздействию на другие отношения зону происшедших в Эстонии коренных преобразований. Общество в целом выигрывает от развития бизнеса и расширения его влияния. Но потребности и устремления, обуславливающие движение к гражданскому обществу и к расцвету бизнеса, составляют далеко не идеальную гармонию. Более того, общество почти всегда проигрывало от того, что не было ясности, какими средствами добиваться желанной цели. На большом историческом материале проверено и установлено, что самые гуманные цели полностью деформировались из-за негодных средств их достижения. Изреченный в начале прошлого столетия афоризм: "Движение - все, конечная цель - ничто" к началу нового века может претендовать на формулу общественного преуспеяния. Для бизнеса же вопрос о средствах имеет значение, подчиненное цели получения прибыли. Поэтому общество, рассчитывая прийти к благосостоянию через свободу предпринимательства, вынуждено вводить защитные механизмы, ограничивающие эту свободу и заставляющие бизнес служить общественным интересам.

Но бизнес со своей системой ценностей не так-то просто поддается общественному давлению. Он может приобретать желательную для общества респектабельность, но, по сути дела, используя как законные, так и незаконные средства, стремиться к имманентной ему цели любой ценой. Он живет по своим "законам", воспринимая с желанием те социальные нормы, которые способствуют увеличению прибыли, приспособившись с трудом к другим - "нейтрального" порядка, и стремясь обойти третьи, которые препятствуют росту богатства. В последнем случае и можно искать объяснения, почему, по словам Аристотеля, величайшие преступления совершаются людьми вследствие стремления их к переизбытку, а не к предметам первой необходимости (Поэтика Аристотеля. Санкт-Петербург. 1991, с.63), или почему, по едкому замечанию известного в середине прошлого века американского экономиста Дж. К.Гелбрейта, "чем больше богатство, тем гуще грязь" (Galbraith. The Affluent Society. New-York. 1958, p.201).

2.

Нуждается в уточнении и само понятие "криминализация бизнеса". Очевидно, речь может идти о криминальных процессах, непосредственно связанных с самой предпринимательской деятельностью (типа хищения акционерного капитала, лжебанкротства, обманного, т.е. мошеннического, получения банковских кредитов и т.п.). Кроме того, понятие криминализации бизнеса охватывает общеуголовную преступность и преступность "белых воротничков", непосредственно взаимодействующую с деланием бизнеса (физическая расправа с несостоятельным должником или напротив – с требовательным кредитором, заказные убийства, коррупция государственных и муниципальных чиновников и др.) В сферу

бизнеса проникают и откровенно преступные образования, группировки профессиональных преступников, занимающиеся рэкетом, кражами и перепродажей автомобилей, подпольным производством и сбытом наркотиков и алкоголя, держащие под своим контролем публичные дома, казино, игральные автоматы, а потом "отмывающие" свои деньги через легальные каналы. Их смычка с респектабельным бизнесом в ряде случаев стала реальностью, в других представляет потенциальную угрозу, так как деформации общественной нравственности ломают преграды на пути распространения коммерческого прагматизма без каких-либо оглядок по сторонам.

3.

Уголовно-правовой и криминологический (а также социологический) подходы к рассматриваемому понятию не могут совпадать. Конечно, нет преступления без указания о том закона (*Nullum crimen sine lege*). Но сам закон создается в качестве реакции на уже существующие тенденции роста посягательств, представляющих повышенную опасность для общества и появления их новых представительств. Следует считаться с тем, что у отдельных групп, имеющих выход на законодательную власть, складывается интерес, деформирующий понимание криминальной реальности, и тогда кое-что из того, что в общественном правосознании фиксируется как угроза социальному благополучию, в уголовно-правовом смысле таковой не признается. Встречаются и пограничные ситуации, оценка которых как криминальных вообще зависит от конъюнктуры.

4.

Имманентность бизнесу криминального фактора (впрочем, вслед за Э.Дюркгеймом можно признать обоснованность мнения о вечности преступности) не позволяет ставить вопрос о полном очищении сферы бизнеса от криминала, но это не может исключать надежд на сокращение преступных проявлений. Степень декриминализации бизнеса зависит от положения дел в обществе, состояния законодательства и целевых усилий органов юстиции. Переходное время, которое мы сейчас переживаем, как известно, не отмечено печатью благополучия, да и не может быть таковым по своей сути. Но нельзя не заметить и ростков цивилизации и культуры. Культура бизнеса входит в систему экономической, нравственной и поведенческой культуры, взаимосвязана с политической и художественной культурой. Криминализация бизнеса наталкивается на действие противоположной тенденции, Когда делать бизнес "по правилам", заниматься спонсорством и меценатством становится престижно, когда государственные законы будут решительно поощрять легальное преуспевание бизнесмена и делать чрезвычайно опасной и разорительной всякую "подпольщину".

Сейчас же нельзя не отметить, что в ряде случаев законодатель сам плодит криминал, коммерциализация художественной культуры по-своему поощряет криминальный образ жизни и поведения, государственные структуры включаются в криминальный бизнес, а общественное мнение

подчас акцептирует любое обогащение, даже если взамен требуется "продать душу дьяволу".

5.

Структура криминализации бизнеса может быть определена через, примерно, такие параметры:

- криминальные процессы, происходящие в самой сфере бизнеса и за ее пределами;
- процессы, способные существенно повлиять на жизнь общества и второстепенные;
- процессы непрерывные и возникающие от случая к случаю;
- процессы, замыкающиеся на политические и государственно-управленческие структуры и не связанные с ними;
- процессы сознательно и целенаправленно организованные, вынужденные и допускаемые как один из вариантов деятельности в сфере бизнеса;
- процессы, охватывающие большие группы людей и малые;
- процессы, распространяющиеся на многие регионы и локальные;
- процессы, имеющие выход за рубеж и сугубо "внутренние".

В конечном итоге предложенные альтернативные варианты поддаются интеграции, благодаря которой можно получить представление о доминировании магистральных или побочных явлений в анализируемом процессе.

10. Защита кредитора наказательным правом Эстонии как правоприменительная и правотворческая проблема

(в соавторстве с Л. Оловянишниковым)

Развитие гражданского оборота в условиях сложившегося к началу нынешнего столетия эстонского рынка товаров, услуг и капитала обостряет старую проблему дебиторской задолженности. Хотя обязательственное право имеет много способов защиты интересов кредитора, но ситуация может потребовать более жесткого воздействия на должника с использованием норм, содержащихся в пенитенциарном праве.

Обратить внимание на такую возможность заставляет сама жизнь. Любопытно было бы подсчитать (жаль, что нет статистики) общую сумму невозвращенного кредиторами нашей стране долга. Скорее всего, он равнялся бы значительному проценту бюджета государства. Дебиторская задолженность уже много лет наносит тяжелые удары по экономике. Такая цепная реакция чревата банкротствами и другими бедами. Не должны забываться 90-е годы, когда банкротства перестали быть только лишь «санитарами экономики», а стали ее настоящим бичом. Ию и тогда, когда кредитор из-за недобросовестного должника не идет ко дну, а вынужден существенно ограничивать свою коммерческую деятельность, происходит серьезное ущемление жизненно важных интересов и гражданского оборота, и отдельного лица. Подчас, не менее существенное, чем при краже имущества или его уничтожении.

У кредитора, казалось бы, есть возможность обратиться в суд с иском к должнику о выполнении последним своей обязанности по возвращению долга. Но между возможностью и действительностью образуется дистанция громадного размера. Даже если по истечении длительного времени решение суда будет вынесено в пользу кредитора, реальное возвращение своего имущества для истца нередко становится целом проблематичным. То, что кредитор беззащитен, должник давно усвоил. Схема ухода от возвращения долга довольно проста. Личное имущество должника (дома, дачи, автомашины) числится за другими лицами, зачастую подставными, на счетах фирмы смехотворные цифры, а имущество фирмы (мебель, техника), как правило, не может погасить и доли долга. И что в итоге? Ущерб от невыплаченного долга увеличивается (и значительно) на сумму госпошлины и расходами на адвоката, а судебный исполнитель только разводит руками.

Если же пострадавшему попытаться обойтись без обращения в суд, а проявить большую настойчивость в переговорах с должником, то для кредитора может сложиться опасная ситуация. Как показывает практика, должники усвоили почти безотказный прием присвоения имущества кредитора с помощью правоохранительных органов. Для этого нужно просто обратиться в полицию и заявить, что кредитор настоятельно требует вернуть дом- (вот безобразия!) и при этом позволяет себе еще угрожать. Обычно в этих случаях начинается уголовное дело, и кредитору предъявляются обвинения в совершении преступления против должника.

Разительно отличается реакция тех же правоохранительных органов в случае обращении к ним кредитора, который подозревает должника в совершении преступления. Тут добиться, чтобы было начато уголовное дело, весьма сложно, а перенести его в судебную плоскость еще труднее.

Как бы предполагается, что отношения кредитора и должника являются сугубо частным делом, а, следовательно, публичные средства государственной защиты нарушенных интересов здесь неуместны. Однако даже классический либерализм, обоснованный Адамом Смитом, признавал за государством роль ночного сторожа, который призван обеспечить нормальное протекание экономических и других жизненно важных процессов. Посягательство на собственность кредитора, совершенное должником и наносящее существенный вред, должно вызывать адекватную реакцию государства.

Нормы европейского права содержат только одно ограничение такого права. Статья 1 протокола № 4 Конвенции о защите прав человека и основных свобод предусматривает, что никто не может быть лишен свободы лишь на том основании, что он не в состоянии выполнить какое-либо договорное обязательство. Аналогичный запрет закреплен и в §. 20 Конституции Эстонской республики. Однако этим правилом исключается не уголовная ответственность, а один из видов наказания, да то на тот случай, когда должник не может выполнить обязательство, а не на тот, когда он не хочет этого сделать.

Рассмотрим положение на конкретном примере (одно из уголовных дел, рассмотренных в суде в отношении Гасана Г. и др.).

А.и Б. имели бизнес, связанный с недвижимостью. От маклера В. им стало известно, что муниципалитет на конкурсной основе собирается продавать участок земли, начальная цена которого должна была быть довольно низкой. С маклером заключается договор, по которому он должен приобрести в собственность кредиторов участок земли на оговоренных условиях. Для осуществления сделки маклеру передают крупную сумму денег в размере нескольких сот тысяч крон. Маклер свою обязанность по договору не выполняет, а деньги не возвращает. Уговоры и требования кредиторов касательно денег ничего не дают. Потеряв всякие надежды и зная, что исковое производство в суде может занять очень долгое время, а гарантии того, что решение суда в пользу истцов будет выполнено малы, они связываются со знакомым, человеком решительным и твердого характера, который берется своими средствами истребовать долг. Примененные им угрозы и насилие (которые, кстати сказать, не причинили вреда здоровью должника), как уже указывалось, дают последнему основание обратиться в полицию. Возбуждается производство по уголовному делу, трое оказываются на скамье подсудимых, суд выносит обвинительный приговор, а маклер, присвоивший сотни тысяч крон, выходит из процесса победителем. При этом на судебном заседании он утверждает, что этих денег у него нет, и куда они делись, объяснить не может.

При таком исходе сражения за справедливость возникает вопрос, а было ли наказано зло, из-за которого возникла вся ситуация? Нет, не было. Более того, должник, присвоивший себе деньги кредиторов, только воспарял духом, получив поддержку суда, но и показал другим себе подобным, что их дело, вроде бы, правое.

Между тем, на наш взгляд, потерпевший совершил преступление, все признаки состава которого налицо. Обратимся к Karistusseadustik (KarS).

Согласно § 201 (Присвоение) подлежит наказанию незаконное присвоение в свою пользу или в пользу третьего лица находящейся во владении чужой движимой вещи или доверенного лицу иного чужого имущества. Поскольку имуществом является совокупность принадлежащих лицу прав и обязанностей, оцениваемых в денежном выражении, если иное не предусмотрено законом (§ 66 Закона об Общей части гражданского кодекса), то не возвращение денежной суммы кредиторам подпадает под действие статьи о присвоении KarS. Часть вторая данной статьи значительно усиливает наказание, если деяние совершено в крупном размере.

Присвоение отличается от других имущественных преступлений. Так, оно не рассматривается в качестве разновидности мошенничества из-за того, что обманные действия, обусловленные соответствующим умыслом преступника, совершаются не в момент получения от потерпевшего имущества, а позже. Виновное лицо оставляет себе то, что было получено правомерно, хотя это имущество при вытекающей из договора ситуации, должно было быть возвращено собственнику. При этом, перерастание гражданскоправового правонарушения в преступление можно, на наш взгляд, признать лишь тогда, когда имеются признаки состава преступления, предусмотренные частью второй § 201 KarS. (То же деяние, совершенное: лицом, ранее совершившим кражу или присвоение в крупном размере, должностным лицом или группой лиц либо преступным сообществом - наказывается денежным взысканием или тюремным заключением на срок по грех лет).

Правда, поскольку по данному делу ни полиция, ни суд не исследовали поведение потерпевшего, гипотетически нельзя исключать и того, что намерение заполучить чужие деньги существовали с самого начала преступной акции, что дает основание говорить уже не о присвоении, а о мошенничестве, за которое законом предусмотрено более строгое наказание.

Своеобразную позицию по вопросу о квалификации такого преступления занимает Государственный суд. Если грубые требования кредитора соответствуют сумме долга, то допускается перекалфикация действий кредитора с вымогательства (санкция от 4-х до 12 лет тюремного заключения) на самоуправство (до 5 лет). Но, если аналогичные требования кредитора увеличены на «съеденную» инфляцией сумму, то в действиях кредитора усматривается вымогательство. Такая позиция государственного суда, на наш взгляд, противоречит статье 32

Конституции ЭР, защищающей права собственника в полном объеме. Трудно согласиться с тем, что «погибшая под инфляцией сумма» не входит в этот объем.

Существенное значение имеет момент совершения данного преступления. Он связан с обусловленным договором или законом сроком возврата должником денег кредитору. На наш взгляд, достаточно после истечения этого срока предупреждения должнику со стороны кредитора о том, что в случае невозврата долга в течение дополнительного срока, кредитор вынужден будет обратиться за помощью в полицию, и если этот дополнительный срок пройдет, не принеся никаких результатов, не выполненная должником гражданско-правовая обязанность становится преступлением (при наличии умысла у должника присвоить себе чужие деньги). Думаем, что тут могло бы иметь место нечто подобное банкротному предупреждению. Такое решение проблемы предполагает его законодательное оформление и является предложением законодателю *de lege ferenda*, ориентированному на разработку закона об ответственности должника за умышленное невозвращение долга кредитору при отягчающих обстоятельствах.

11. Реформа уголовного права Эстонии: виновное деяние и его состав

1.

26 июня 2001 года постановлением Президента Эстонской Республики был объявлен закон «Karistusseadustik» (KarS), который вступил в силу с 1 сентября 2002 года. Этот закон стал вехой в истории эстонского уголовного права. Он означает принципиальный поворот данной отрасли права в сторону модели, принятой в континентальной Европе, и, прежде всего, в Германии.

Ранее использовавшийся в Эстонии для названия кодекса, регулировавшего наказание за преступление, термин «Kriminaalseadustik» переводился не как «криминальный кодекс», а в традиционном для русского языка ключе – «уголовный кодекс». Восстановление в своих правах понятия «Karistusseadustik», применявшегося в довоенной Эстонии, создало проблему его перевода на русский язык. По причинам, которые представляются существенными, переводчики не использовали термин «уголовный кодекс». В русском переводе, осуществленном Государственной канцелярией, новый закон был назван Пенитенциарным кодексом, а потому представленная им и связанными с ним законами отрасль права вроде бы должна называться пенитенциарным правом.

Согласиться с таким решением вопроса очень трудно. Пенитенциарное право регулирует отношения, складывающиеся в связи с исполнением наказания по обвинительному приговору суда. В Эстонии в настоящее время действует большое число нормативных актов, относящихся к источникам пенитенциарного права, но это отнюдь не Karistusseadustik и сопряженные с ним законы. Поскольку «karistus» означает по-русски «наказание», а «seadustik» – «кодекс», «уложение», то «Karistusseadustik» правильнее было бы перевести как «Уложение о наказаниях». Но тогда соответствующая отрасль права должна быть названа «наказательным правом».

Термин «наказательное право» в русском языке ранее использовался редко. Чтобы отразить упреки в употреблении не принятого словосочетания, отметим лишь то, что язык постоянно изменяется и пополняется новыми словами в соответствии с потребностями практики. К тому же, имеется прецедент употребления термина «наказательное право», когда возникает нужда перевода на русский язык немецкого названия соответствующей отрасли германского права. Авторы книги о современном германском праве отмечают, что «буквальный перевод понятий *Strafgesetzbuch* и *Strafrecht* – наказательный кодекс и наказательное право», хотя и полагают, что все-таки допустим и привычный перевод как уголовный кодекс и уголовное право.¹ Заметим, что второй вариант предлагаемого перевода немецкой терминологии на русский язык – это дань традиции. Но у авторов нет и намека на то, чтобы наказательное право именовать пенитенциарным правом.

2

¹ А. Жалинский, А. Рёрихт. Введение в немецкое право. Москва: Спарт. 2001, с. 572.

Теория ответственности за виновное деяние разрабатывалась немецкими криминалистами в ином направлении, чем теория ответственности за преступления в русском уголовном праве.²

Критерием признания реального факта действительности преступлением по УК, который ранее (до KarS) действовал в Эстонии и был создан по российской модели, считался состав преступления. Он, по сути дела, выступал в роли единственного основания уголовной ответственности. В понятии состава концентрировалось очень многое. Им охватывался и объект преступления, и объективная сторона, и противоправность деяния, и вина как обобщенная характеристика умысла и неосторожности, и признаки субъекта (возраст, с которого наступает ответственность и вменяемость), и еще ряд характеристик, если они были присущи конкретному составу преступления.

По KarS многое, хотя и не все, выглядит иначе. Понятие виновного деяния по своему объему значительно шире, чем состав преступления, понимаемый теперь как структурное подразделение виновного деяния..

Правовые последствия в виде наказания и иных мер принуждения возникают в результате учета трех групп признаков деяния. Эти группы сконструированы по общей схеме, включающей, в свою очередь, также три варианта ответа на вопрос, являлся ли совершенный поступок виновным деянием. Утвердительный ответ «ДА» означает, что признаки данной группы полностью присутствуют. Ответ «ЧАСТИЧНО - «ДА» указывает на неполное присутствие признаков той или иной ступени. Наконец, ответ «НЕТ» говорит о полном отсутствии признаков той или иной ступени.

Для состава виновного деяния «ДА» означает установление в деянии всех признаков состава, «ЧАСТИЧНО «ДА» - незавершенность состава при покушении, что влечет возможность смягчения наказания, «НЕТ» обозначает отсутствие в деянии признаков состава, вследствие чего наказание не допускается.

Аналогично решается вопрос и о признаке противоправности. «ДА» -говорит о наличии в деянии противоправности, «ЧАСТИЧНО «ДА» -о заблуждении относительно обстоятельства, исключающего противоправность (возможность смягчения наказания), «НЕТ» - об

² В Эстонии появился ряд работ, посвященных новому законодательству. См., в частности, Sootak J., Pikamäe P. Karistuseadustik- Tallinn: Juura Õigusteabe AS. 2002. Sootak J. Õpetus karistuseseadusest. Tallinn: Juura, 2002. Sootak J. Karistusõiguse alused. Tallinn: Juura, 2003. Sootak J. Isikuvastased süüteod. Tallinn: Juura, 2003. Sootak J. Süüteomõiste ja deliktistruktuur. Tallinn: Juura, 2003. Sootak J. Õigusvastatus. Süü. Loenguid karistusõiguse üldosast. Tallinn: Juura, 2003. Sootak J. Süüteokoosseis: mõiste ja objektivne koosseis. Loenguid karistusõiguse üldosast. Tallinn: Juura, 2003. Poigo Nuuma. Karistusõiguse üldosa, Õppevahend. Tallinn, TTÜ kirjastus, 2004. Poigo Nuuma. Karistusõigus. Üldosa skeemid. Tallinn, TTÜ kirjastus, 2003. Poigo Nuuma, Enno Oidermaa. Õiguse alused-äri-, ja karistusõigus.Ülesannete kogu. Tallinn, TTÜ kirjastus, 2003. Ю.Лившиц. Преступление как виновное деяние: состав, противоправность, вина. Курс лекций. Таллинн: Социально-гуманитарный институт. 2004.

исключении противоправности в силу прямых указаний закона, международной конвенции или международного обычая (означает исключение наказания).

Вынесение противоправности за пределы состава означает, что при наличии состава виновное деяние отсутствует, если имеется хотя бы одно из обстоятельств, исключающих противоправность деяния. К ним относятся необходимая оборона, крайняя необходимость, коллизия обязанностей. Эти обстоятельства предусмотрены в KarS. Кроме того, обстоятельства, исключающие противоправность, могут быть предусмотрены и иными источниками права.

Вина, в свою очередь, когда она имеется, может быть обозначена словом «ДА». Вина при ограниченной вменяемости лица или при его заблуждении относительно недопустимости деяния, когда такое заблуждение не является для лица неизбежным, влияет на смягчение наказания. Это и есть «ЧАСТИЧНО «ДА». А исключение вины при отсутствии виновноспособности (деликтоспособности) лица или при неизбежном для него заблуждении относительно недопустимости деяния, а также при добровольном отказе от покушения, может быть обозначено как «НЕТ».

KarS не содержит определения вины. В основе доктрины вины, признанной авторами проекта KarS и акцептированной парламентом, лежат следующие идеи.

Субъективные признаки состава в виде умысла (а в исключительном порядке - и неосторожности) играют важную роль в определении наказуемого деяния лица. Но установление этих признаков не означает признание лица виновным в совершении данного деяния. Вполне допустимо, что вина при наличии субъективных признаков состава преступления может и отсутствовать, например, при невменяемости лица. Вина по этой теории - это самостоятельное и конечное по отношению к составу виновного деяния и противоправности основание ответственности.

Правовая ответственность конкретного лица является следствием свободы его воли. KarS устанавливает запрет посягать на охраняемые наказательным правом блага путем совершения преступления (или проступка). Сознательно решив нарушить запрет, установленный законом, когда была возможность этого не делать, лицо само ставит себя в положение, когда оно должно быть подвергнуто наказанию (понести ответственность).

Характеристика вины должна быть дополнена еще одним важным положением. Суд или иной государственный орган, установив факт сознательного нарушения лицом закона, выражает лицу упрек. Иначе говоря, отрицательно оценивает проявление свободной воли лица. Свобода воли – относительна, а не абсолютна. Закон содержит ориентиры для оценки ее масштаба и ограничений. Решение же о том, достаточно ли была степень свободы воли лица, для того, чтобы на него возлагать

ответственность за содеянное, должен принимать суд на основании закона. При осуждении лица эта оценка заключается в наказании, а так же в иных мерах воздействия.

Но надо учитывать, что по основаниям, названным в KarS , виновное лицо может быть судом освобождено от отбытия наказания.

Цель освобождения от наказания заключается в создании более эффективных условий для частной превенции. Кроме того, мотивировка освобождения от наказания может иметь чисто гуманистическую окраску. Упрек в адрес виновного лица, сделанный судом путем вынесения обвинительного приговора, при освобождении от наказания сохраняет свою силу. Это обстоятельство можно рассматривать как основу для осуществления уголовного надзора за условно освобожденными от наказания и условно-досрочно освобожденными от отбытия наказания в течении определенного им испытательного срока и возложения на них ряда дополнительных обязанностей.

Лицо, совершившее деяние, подлежит наказанию в соответствии с его виной, независимо от вины других совершивших деяние лиц (ч. 2 § 32).¹ Принцип индивидуальной вины распространяется как на физических, так и на юридических лиц, как на соисполнителей, так и на соучастников,

Лицо, в деянии которого имеются признаки состава и при этом отсутствуют обстоятельства, исключающие противоправность, может быть признано виновным при условии, что оно обладает виновноспособностью (деликтоспособностью). Такими условиями считаются достижение 14-летнего возраста и вменяемость. По существу понятие виновноспособности является составной частью понятия вины. Такой вывод можно сделать из анализа статьи 32, которая, имея название «Принцип вины», устанавливает основания для виновноспособности (деликтоспособности)..

3.

Отреагировать на каждый факт виновного деяния таким образом, чтобы определить его индивидуальные признаки, законодатель не в состоянии. Закон как источник права содержит только такие положения, которые имеют общий характер, не адресованы конкретному лицу и могут применяться неоднократно. Эти свойства присущи любой социальной норме, в том числе, и норме наказательного права.

Самый общий характер имеет и норма KarS (ч.3 § 3)², в которой содержится определение преступления. В ней обозначены самые универсальные признаки преступления. Оно должно быть предусмотрено .KarS Оно является виновным деянием. Оно наказывается при совершении физическим лицом - денежным взысканием или тюремным заключением, а - юридическим лицом - денежным взысканием или принудительным прекращением.

¹ Если название закона не приводится, то имеется в виду KarS

²

В Эстонии еще в 1992 году на смену материально-формальному определению преступления, признанному российским уголовным правом, пришло формальное определение. KarS закрепил такую позицию применительно к понятию виновного деяния.. Признак «общественная опасность» из определения исключен. Виновным деянием считается деяние, признанное в качестве такового законом.

Среди других смыслов понятия виновного деяния выделяется и тот, благодаря которому указывается на общие правовые основания ответственности за преступление и проступок. Иначе говоря, преступление и проступок являются двумя разновидностями виновного деяния, для которых создано много общих норм. Такие нормы содержатся, прежде всего, в Общей части.

Но при этом преступление и проступок отличаются друг от друга. Для них установлены разные виды основного наказания (части 3 и 4 § 3) Лицо, виновное в совершении проступка, подлежит наказанию в виде штрафа или ареста. При совершении лицом деяния, соответствующего признаку проступка или преступления, оно наказывается только за преступление, но, если за преступление не назначено наказания, то лицо может быть наказано за совершение проступка (ч. 5 § 3). Предшествующий проступок может быть условием наказания за последующее преступление. Ответственность за преступление несет не только лицо, непосредственно его совершившее, но и соучастник. Ответственность за соучастие в совершении проступка законом не установлена. Виды преступлений предусмотрены Особенной частью KS, виды проступков устанавливаются как Особенной частью, так и другими законами (таких законов более ста).

Названные различия заставляют в системе наказательного права выделять особую подотрасль «Наказательно-деликтное право», регулирующую ответственность за проступки, и изучать ее в качестве самостоятельного учебного предмета.

4.

Состав виновного деяния – это описание деяния, предусмотренного Особенной частью KarS или иным законом. Для того, чтобы к лицу применить наказание, недостаточно установить совершение этим лицом деяния. Нужно выявить, содержится ли в этом деянии набор признаков, предусмотренных соответствующей статьей Особенной части KarS или иного закона. Признаки состава виновного деяния характеризуются такими общими чертами:

- ⌚ они типичны для данного виновного деяния;
- ⌚ они минимально достаточны для квалификации по соответствующей статье закона;
- ⌚ они образуют состав только в своей совокупности;
- ⌚ они, как правило, закреплены в диспозиции соответствующей статьи;
- ⌚ они имеют формальный характер, и их установление еще не позволяет дать окончательный ответ на вопрос, является ли оцениваемый акт поведения виновным деянием или нет.

Состав может быть реализован в деянии полностью или частично. В последнем случае имеет место покушение на виновное деяние.

Совокупность признаков состава состоит из объективных и субъективных признаков, к которым добавляются частичные признаки, характеризующие лицо как субъекта ответственности.

Согласно ч.2 § 12 объективными признаками состава виновного деяния являются описанное в законе действие или бездействие и в предусмотренных законом случаях – последствия, находящиеся с ним в причинной связи.

Специальное внимание уделено понятию бездействия. В § 13 содержатся два положения, характеризующих этот объективный признак:

⌚ ответственность за бездействие наступает лишь тогда, когда лицо юридически было обязано предупредить наступление описанного в законе последствия.

⌚ этот признак расценивается как менее вредоносный, чем действие, а потому судом за бездействие в соответствии с § 60 может быть смягчено наказание.

В некоторых составах преступлений прямо указывается на возможность совершения преступления, как путем действия, так и бездействия. Наряду с этим закон содержит и такие составы, в которых бездействие является единственно возможным вариантом поведения виновного лица. В санкциях статей Особенной части, устанавливающих наказание за бездействие, законодателем уже произведено смягчение наказания, о котором говорит § 13. Поэтому при назначении наказания за преступления, предусмотренные в статьях закона, где объективным признаком названо бездействие, не учитывается норма § 60, разрешающая индивидуализацию наказания путем его смягчения. Дважды смягчать наказание по одному и тому же поводу (бездействие) было бы не логично.

Последствия, кроме всего прочего, находятся в зависимости от объекта (предмета) виновного деяния. Так, в § 218 на этот счет указывается, что виновное деяние, направленное против малоценной вещи или незначительного имущественного права, за исключением разбоя и вымогательства, если отсутствуют предусмотренные составом виновного деяния отягчающие обстоятельства, наказывается штрафом до трехсот штрафных единиц (такая единица равняется 60 крон) или арестом. По существующим критериям такое деяние должно быть отнесено к категории проступка. В статье содержится разъяснение, что малоценными вещами и незначительными имущественными правами считаются вещи и права, стоимость которых в денежном выражении не превышает двадцати минимальных дневных ставок.

В Законе о введении в действие KarS находим отдельные указания о видах вреда. Существенным считается вред, который десятикратно превышает действующий минимальный размер месячной заработной платы. Крупный вред соответствует стократной величине этого показателя.

Большое значение имеет проблема причинной связи. Закон (ч. 2 § 12) содержит лишь упоминание об этом важном объективном признаке состава виновного деяния, но не раскрывает его содержания. В отличие от многих других положений наказательного права, которые после их разработки теорией стали нормами закона, учения о причинной связи имеют непосредственный выход на практику. От того, какую теорию признает судья, выносящий приговор, зависит очень многое, вплоть до осуждения или оправдания подсудимого. В германской и эстонской юриспруденции основными теориями причинной связи считаются следующие: теория условий, эквивалентности, равноценности причин (*conditio sine qua non*); теория адекватной причинности; релевантная теория. Не вдаваясь в анализ этих теорий, обратим лишь внимание на то, что Государственный суд Эстонии отдает предпочтение первой из них.

Субъективными признаками состава виновного деяния являются умысел или неосторожность. Законом могут предусматриваться мотив, цель или иной субъективный признак (ч. 3 § 12).

Если исходить из понимания умысла как воли к осуществлению состава виновного деяния при осознании всех его обстоятельств, как это признано в германском праве, то при анализе всех видов умысла важно обращать внимание и на интеллектуальный, и на волевой его критерии. В прежнем УК Эстонии признавалось распространение волевого критерия лишь на отношение к результату, т.е. желало ли лицо результата, относилось ли оно к этому безразлично или вообще исключало его наступление. Теперь волевой критерий, также как и интеллектуальный, охватывает отношение ко всем объективным признакам состава, включая действие (бездействие) и результат.

Закон выделяет три вида умысла: намерение, прямой и косвенный умыслы. Признаки последнего изменений по существу не претерпели. Но нововведение «намерение» создает проблему его разграничения с прямым умыслом

Для того, чтобы виновное деяние считалось совершенным намеренно, не обязательно, чтобы лицо заранее обдумывало, что ему предстоит совершить для достижения желаемого результата. Важно, чтобы на момент действия (или воздержания от него, когда лицо обязано было действовать), все поведение находилось под четким контролем сознания. Это обстоятельство приходится специально подчеркивать, так как русское слово «намеренно» (эст. – *kavatsetult*) имеет несколько смыслов. В данном же случае оно оправдано для обозначения обдуманного и целенаправленного поведения, но не обязательно преднамеренного, т.е. заранее спланированного деяния.

На первое место нормой закона ставится такой признак, как цель (волевой критерий). Виновное лицо не только понимает характер деяния, но и стремится к тому, чтобы оно привело к определенному результату, ради достижения которого все и совершается.

Намерение как вид умысла не ограничено только постановкой цели совершения конкретного поведения, но и предполагает также осознание наступления соответствующего состава обстоятельства или, по крайней мере, допущением возможности этого. Так формулируется второй признак намерения (интеллектуальный критерий).

Под реализуемым обстоятельством, соответствующим составу преступления, необходимо понимать действие (бездействие) и результат, являющиеся признаками состава данного преступления. Точнее говоря, предметом осознания является вид действия (бездействия), его непосредственный или опосредованный характер, способ совершения деяния, средства, место, время преступления. Действуя сознательно, лицо должно понимать во всех его проявлениях, что и каким образом оно делает, использует какие условия.

В той части, в какой сознание направляет действие (бездействие), субъективное представление лица о происходящем более или менее адекватно реально происходящему процессу совершения преступления.

Сложнее обстоит дело с осознанием результата. Проблемы не возникает, когда фактически результат и действие неотделимы друг от друга или когда юридически состав преступления относится к категории формальных составов. Другая ситуация возникает при несовпадении поведения и результата. Поскольку субъективным побуждением к поведению является достижение цели, то результат и есть то, к чему стремится лицо, совершая деяние. Субъективное представление о таком результате - это представление о будущем, а не о настоящем. Поэтому выдвигать требование такого характера, что при намерении лицо должно осознавать результат во всех его подробностях и деталях, было бы чрезмерно. В соответствии с поставленной целью лицо должно обладать представлением не о всех результатах содеянного, а об основном результате, поскольку ради достижения его и совершалось деяние. Кроме того, тут достаточно лишь общего представления о последствии действия (бездействия).

Следствием такого подхода является положение, которое находим в тексте части 2 § 16. Закон не требует, чтобы при намерении обязательно было осознание неизбежности наступления результата. Намерение имеет место и тогда, когда лицо понимает лишь возможность этого. Если виновным лицом поставлена цель, ради достижения которой совершается преступление, осознаются средства достижения этой цели и прогнозируется результат, то это и есть тот вид умысла, которому дано название намерения, если к тому же наличествует третий признак: осознание лицом причинной зависимости результата от действия (интеллектуальный критерий).

Как видно из формулировки последнего предложения части второй параграфа 16, осознание лицом того, что соответствующее составу виновного деяния обстоятельство является необходимым условием достижения поставленной цели, тоже важно для выделения намерения как

вида умысла. «Достижение поставленной цели» - это образование результата под влиянием предпринятых лицом действий. Причем, в соответствии с теорией «*conditio sine qua non*» (именно ее использовал Государственный суд Эстонии как высшая судебная инстанция при рассмотрении конкретных кассационных жалоб) причинная связь между действием и результатом должна осознаваться лицом с учетом того, что действие становится необходимым условием наступления результата. Этой теорией придается большое значение субъективной осмысленности происходящего. Осознавая наступивший результат как прямое следствие своих действий, как достижение поставленной цели, виновное лицо тем самым, среди прочих необходимых условий наступления данного результата, решающее значение придает своим действиям, и, следовательно, признает эти действия причиной результата. (Не вдаваясь в подробный критический анализ такого подхода, отметим лишь, что он вступает в противоречие с указанием ч. 2 § 12 о том, что причинная связь является объективным признаком виновного деяния)

Цель лишь тогда влияет на состав преступления, когда она согласуется с другими объективными и субъективными признаками. Потому что о цели можно судить лишь в контексте всей ситуации совершения виновного деяния.

Прямой умысел так же, как и намерение, представляет собой осознание лицом всех объективных проявлений виновного деяния, образующих его состав (интеллектуальный критерий). Такой вывод вытекает из содержащейся в части третьей параграфа 16 формулы: «...если оно осознает, что им реализуется обстоятельство, соответствующее составу виновного деяния...». Хотя здесь объективные обстоятельства не подразделяются на характеризующие действие (бездействие), результат и причинную связь, как это сделано в части второй данной статьи, но в более обобщенной формулировке речь идет о том же самом.

Если бы эту формулу можно было бы истолковать иначе, то основанием для этого могло бы служить лишь закрепленное в тексте статьи закона какое-либо исключение из приведенного правила. Но никаких исключений текст анализируемой нормы не содержит. Будем считать, что такой формулировкой признается необходимость при определении прямого умысла устанавливать второй и третий признаки, которые сформулированы применительно к намерению как виду умысла, но относятся также и к прямому умыслу.

Поэтому отличие прямого умысла от намерения следует видеть в несовпадении по смыслу признака намерения - цель и признака прямого умысла – желание, т.е. желания лица реализовать обстоятельства, соответствующие составу преступления, или, по меньшей мере, допущения их реализации (волевой критерий).

Желание – это особое явление человеческой психики. Закон в интересующем нас аспекте указывает на него лишь в связи с прямым

умыслом, а не с какими другими видами умысла. Когда желание присутствует в намерении, то оно обретает вид цели. Но желать можно и без того, чтобы ставить цель добиться чего-то. Ставить цель достижения результата или, не ставя перед собой такой цели, желать этого, не одно и то же. Желание может не быть таким сгустком, такой концентрацией хотений, которые обычно имеют место при постановке цели. Очевидно, это обстоятельство сыграло какую-то роль в расположении частей параграфа 16, когда в части второй говорится о намерении, а в части третьей – о прямом умысле с характерным для него «желанием». Намерение с его «целью» свидетельствует о более серьезном настрое лица на достижение преступного результата, чем прямой умысел с его «желанием».

Прямой умысел существует и тогда, когда желание образовалось в столь неопределенном виде, что приходится констатировать допущение лицом реализации объективных обстоятельств, характеризующих состав данного виновного деяния. Допущение – это отношение к результату как к предполагаемому исходу событий, связанных с преступным деянием.

Однако, когда лицо допускает, что обстоятельства сложатся тем или иным образом, оно может исходить из разных соображений. Одно дело, когда лицо считает неизбежным наступление преступного результата, а другое, когда им осознается только возможность этого результата.

Сравнивая прямой умысел с намерением, не надо недооценивать его опасность. Он близок к намерению. Поэтому логично было бы считать, что допущение при прямом умысле означает понимание лицом неизбежности наступления преступного результата, а не его возможности.

. По сути дела, когда виновное лицо допускает неизбежность, а не возможность последствия, процесс принятия решения о преступлении мало, чем отличается от желания наступления этого последствия. И в том, и в другом случае имеет место прямой умысел.

Закон (§ 18) выделяет особенности двух видов неосторожности: легкомыслия и небрежности. Наряду с этим решается и более общий вопрос о соотношении умысла и неосторожности

Умысел как бы заложен в концепцию виновного деяния. Неосторожность же - это не концептуальный субъективный признак, она признается в порядке исключения из общего правила. Практическим следствием этих различий является то, что в статьях Особенной части КзС, предусматривающих наказание за умышленные деяния, умысел никогда и нигде не упоминается. И без упоминания должно быть понятно: раз это виновное деяние, то оно совершается умышленно.

Иначе обстоит дело с неосторожностью. Поскольку она представляет субъективный признак исключительного порядка, то в каждой статье Особенной части КзС, где предусматривается наказание за неосторожное деяние, должно присутствовать слово «неосторожность».

И все-таки, законодатель не смог обойтись без того, чтобы не создать для применения правил о неосторожности какие-то общие положения. По

смыслу большинства норм Особенной части, предусматривающих наказание за умышленное преступление, совершение действий (или их не совершение, когда существовала обязанность действовать), по неосторожности исключает ответственность. Пусть налицо будут объективные признаки деяния, но отсутствие в структуре реального поступка умысла как субъективного признака состава при неосторожном совершении самого поступка не позволяет признать его виновным деянием.

Однако решение вопроса коренным образом меняется, если от такого деяния возникли последствия повышенной опасности. Параграфом 19 предусмотрено, что лицо несет ответственность за предусмотренные законом наиболее опасные последствия, если они были обусловлены хотя бы его неосторожностью.

Кроме этой общей нормы, относящейся к неосторожности, в части первой параграфа 17 неосторожность называется в качестве той субъективной составляющей состава виновного деяния, которая характеризует фактическое ошибочное представление лица об обстоятельстве, соответствующем составу виновного деяния..

Среди составов преступлений встречаются и такие, в которых предусмотрено двойственное отношение лица к деянию и его последствию. К деянию – умышленное отношение, а к последствию – неосторожное. Только такое последствие должно отличаться большой тяжестью.

Состав, который содержит умысел и неосторожность, должен быть охарактеризован, исходя из этих субъективных признаков: или тут, в конечном итоге, имеет место умышленное деяние, или неосторожное. Такая редукция полезна для решения важных вопросов наказания. Неосторожные преступления предполагают более щадящее применение наказания и лучшие для осужденного условия освобождения от наказания.

Названная дилемма решается законом в пользу умысла. Все преступление подобного рода считается умышленным. Основное значение, таким образом, приобретает не отношение виновного лица к последствию, а его отношение к действию.

5.

Из раздела «Состав виновного деяния» (1) главы второй KarS можно сделать вывод, что понятие лица, совершившего виновное деяние, раскрывается в законе двояким образом. Во–первых, путем указания на то, что субъектом ответственности может быть как физическое, так и юридическое лицо. Во - вторых, что им может быть исполнитель преступления и соучастник.

Понятие «физическое лицо», которое содержится в ч. 2 § 14, использовано в наказательном праве вынуждено. Это сделано, скорее всего, по той причине, что по KarS субъектом ответственности признано юридическое лицо. Оба эти понятия взяты из гражданского права. Там они употребляются для обозначения субъектов прав и обязанностей, равных по

своему статусу в гражданском обороте, один из которых предполагает существование другого. Не случайно термин «физическое лицо» включен в статью KarS об ответственности юридического лица.

Однако понятие физического лица, которое удовлетворяет потребности гражданского права, с трудом объяснимо с точки зрения наказательного права. Понятие физического лица выполняет лишь терминологическую функцию, не претендуя на перенесение всего комплекса характеристик правосубъектности физического лица из одной отрасли права в другую. Оно указывает на человека как субъекта ответственности, отличающегося от другого субъекта ответственности – юридического лица.

Введение ответственности за виновное деяние юридического лица явилось одним из тех новшеств, которые отличают KarS от прежнего УК. Правовые системы разных государств не одинаково относятся к признанию юридического лица субъектом ответственности за преступление. Наказательное право ФРГ преступником считает только человека. Напротив, во Франции, относительно недавно (1992 год) было сделано то, что сейчас вошло в эстонское наказательное право.

Параграф 14, устанавливая ответственность юридического лица, не содержит его понятия. Поскольку определение юридического лица имеется только в Законе об Общей части гражданского кодекса Эстонии (ЗОЧГК), то установить, что такое юридическое лицо как субъект ответственности в наказательном праве можно, воспользовавшись цивилистическим определением. В законе содержится такое определение юридического лица: «юридическое лицо – это учрежденный на основании закона субъект права. Юридические лица являются либо частноправовыми, либо публично-правовыми» (ЗОЧГК § 24, ч. 1).

Однако при этом необходимо проявлять разумную осторожность и не забывать, что приходится иметь дело с совершенно разными отраслями права. Закон исходит из признания того, что ответственность юридического лица нельзя ставить в один ряд с ответственностью физического лица. Если в нормах Особенной части KS не содержится никаких оговорок относительно физического лица, согласно которым лицо именно такого рода является субъектом ответственности за данное преступление, то для юридического лица такая оговорка необходима. Тем самым для юридического лица как бы косвенно устанавливается особый режим. Ответственность физического лица – это общее правило, ответственность юридического лица – исключение из общего правила. Здесь используется прием, который мы уже наблюдали при сравнении умысла и неосторожности как субъективных признаков состава преступления.

Как специфический субъект права юридическое лицо представлено в своей практической деятельности только физическими лицами, которые, входя в руководящие органы юридического лица, от его имени выполняют реальную работу, присущую данному юридическому лицу. Именно

физическим лицам, как членам руководящих органов адресована норма, содержащаяся в ст.35 ЗОЧГК. Они обязаны исполнять свои обязанности, вытекающие из закона или устава, с обычно ожидаемым от члена руководящего органа прилежанием и соблюдать лояльность по отношению к данному юридическому лицу. Физическое лицо в жизни юридического лица играет несравненно большую роль, чем только роль представителей. Физические лица – «душа и тело» юридического лица. Они могут выступать в роли создателей (учредителей), руководителей, представителей, участников практической деятельности, ликвидаторов.

Как орган, так и руководящий работник юридического лица создают основание для ответственности юридического лица только в том случае, если совершенное ими виновное деяние делалось в интересах юридического лица. Обеспечение интереса юридического лица путем совершения виновного деяния – явление неординарное. Нормальное понимание интереса юридического лица лежит в русле правопорядка. Если лицо, совершая виновное деяние, руководствуется интересом юридического лица, то тут приходится различать два варианта.

Вариант первый. Юридическое лицо имеет своим интересом противозаконную деятельность. Действовать в интересах такого лица – значит, претворить противоправный интерес в жизнь. Средства и способы деятельности становятся адекватными интересу юридического лица.

Вариант второй. Интерес юридического лица находится в русле правопорядка. Преступный характер имеет не интерес, а способы и средства его реализации, используемые органом юридического лица или руководящими работниками. Происходит разлад интереса юридического лица и путей его воплощения в жизнь. Тот факт, что совершавшие деяния лица действовали для обеспечения законного интереса юридического лица, никакого смягчающего ответственность значения не имеет. Но то, что они, совершая эти деяния, имели в виду интерес юридического лица, позволяет применить к юридическому лицу наказательно-правовую санкцию. Органы юридического лица и есть само юридическое лицо в действии. Наказание юридического лица учитывает именно это обстоятельство.

Особую проблему создает часть вторая параграфа 14, согласно которой привлечение юридического лица к ответственности не исключает привлечение к ответственности физического лица, совершившего виновное деяние. У этого вопроса просматриваются две грани.

Одна – соответствует ли демократической природе наказательного права Эстонии возможность одновременной ответственности за одно и то же деяние и физического и юридического лица?

Вторая - за что несут причиняемый государством деяния в интересах юридического лица?

Норму второй части § 14 следует понимать таким образом, что она имущественный ущерб, связанный с применением санкций к юридическому лицу, физические лица, являющиеся членами юридического лица, но не совершавшие виновного устанавливает ответственность

физического лица за то же самое деяние, за которое подвергается наказанию юридическое лицо. Если бы юридическое лицо являлось реально действующим субъектом, а не фикцией, то такая норма не вызывала бы сомнений. В конце концов, при соисполнительстве (ч. 2 § 21) имеет место такое же положение, когда два и более участников преступления своими действиями совершают одно и то же деяние. Однако существо проблемы в том и заключается, что, как уже неоднократно подчеркивалось, действует не юридическое лицо, а от его имени органы этого субъекта права, членами которых являются физические лица. Они то и совершают деяние.

При соисполнительстве (§ 21) каждый исполнитель несет наказание в соответствии со своей индивидуальной виной. И эти наказания могут быть разными. В рассматриваемом же случае ответственность в ее реальном, а не номинальном виде, дважды возлагается на физических лиц, Ответственность и за себя, и за юридическое лицо, которое никакого деяния не совершало, так как не могло его совершать.

Основные наказания за преступление для физического лица установлены в виде денежного взыскания и тюремного заключения, а для юридического – тоже денежного взыскания, но еще и принудительного прекращения. По существу принудительное прекращение юридического лица для физического лица сопоставимо с денежным взысканием. Для интересующего нас вопроса важно отметить, что в соответствии с ч. 4 § 43 ЗОЧГК, если юридическое лицо прекращается в принудительном порядке ввиду того, что его цели или деятельность запрещаются положениями наказательного права или противоречат общественному порядку или добрым обычаям, то имущество, оставшееся после удовлетворения требования кредиторов, передается государству.

Если физическое лицо несет наказание за совершенное им преступление в виде денежного взыскания, а юридическое лицо приговаривается судом к такому же наказанию, то для выплаты за счет имущества юридического лица требуемой по наказанию денежной суммы потребуется использовать и ту долю, которая принадлежит уже осужденному к денежному взысканию физическому лицу.

Практически сходная картина создается и при осуждении юридического лица к принудительному прекращению. Происходящий при таком приговоре переход оставшегося после удовлетворения требований кредиторов имущества в доход государства приводит к лишению осужденного физического лица его доли в этом имуществе.

Так получается, что и в первом, и во втором вариантах, физическое лицо фактически дважды подвергается имущественному принуждению за одно и то же деяние, хотя формально наказания разнятся.

Между тем, международным сообществом признан принцип «никто не может быть повторно наказан за одно и то же деяние». Он закреплен в ч. 3 § 2.

Еще менее понятная история происходит, когда мы пытаемся найти ответ на второй из возникших вопросов. И при денежном взыскании на юридическое лицо, и при его принудительном прекращении страдающими оказываются физические лица, которые как члены юридического лица, не причастны к совершению преступления (например, рядовые акционеры и пайщики). Они лишаются своей доли в имуществе юридического лица и это фактическое ущемление их имущественных прав, не имеющее характера наказания, фактически для них играет роль, сходную с наказанием. Они, как страдающая сторона, не могут не принимать в расчет, что их имущественные интересы ущемлены не по причине, связанной с неудачной или недобросовестной коммерцией, осуществлявшейся органом юридического лица. Основание другое – приговор суда, основанный на нормах KarS.

Кроме сказанного, о сложностях, возникших из-за введения в наказательное право юридического лица в качестве субъекта ответственности, говорит и такой факт. В новом уголовно-процессуальном кодексе Эстонии не предусмотрено ни одной процессуальной процедуры, относящейся к юридическому лицу. Поэтому остается неясным вопрос, каким образом юридическое лицо можно привлекать к ответственности, и распространяются ли на него нормы уголовно-процессуального права.

Ответственность юридического лица в наказательном праве может быть возложена не на все виды этого лица (ч.3 § 14). Не может быть наказано государство, местное самоуправление и публично-правовые юридические лица. Такое исключение из правила следует тому пути, который еще до принятия KS был признан Законом о банкротстве.

6.

В части 1 § 21 содержится правило, по которому исполнителем преступления считается лицо, действовавшее лично или с использованием другого лица. В последнем случае имеется в виду человек, который вследствие причин, названных в KarS, не может быть подвергнут наказанию.

. Большое значение для учета числа лиц, совершивших преступление, при установлении его состава, имеет совместность и согласованность действий исполнителей преступления.

Для несогласованных между собой действий лиц законом предусмотрены особые составы преступления.

Речь идет о массовых беспорядках. Кроме общего состава (§§ 238 и 239), имеется и специальный состав массовых беспорядков в месте изоляции от общества (§ 327).

Совместность и согласованность исполнения преступления несколькими лицами раскрываются как объективная и субъективная характеристики деяния.

Видом соисполнительства можно считать совершение преступления группой.

Понятие преступного сообщества так же, как и понятие группы, не раскрывается в Общей части. Но такое понятие имеется в Особенной части кодекса. Объясняется это тем, что принадлежность к преступному сообществу, равно, как и его создание, являются самостоятельными преступлениями, составы которых закреплены в параграфах 255 и 256.

Правовые последствия признания группы преступным сообществом весьма существенны. Это проявляется в возможности применения судом к организаторам и членам преступного сообщества кроме основного, такого дополнительного наказания, как имущественное наказание. Имеется в виду денежное взыскание, размер которого может достигать стоимости всего имущества осужденного (см. § 53). Отсюда становится понятным, почему так важно видеть различия между группой и преступным сообществом. Эти различия сводятся к следующим пунктам:

⌚ группа является элементом квалифицированного или основного состава преступления; преступное сообщество тоже может быть таковым, но, кроме того, членство в сообществе или создание его или руководство им или вербовка для него новых членов образуют самостоятельные составы преступления;

⌚ членство в группе, когда лицо еще не совершило преступления, не наказуемо; членство в преступном сообществе наказуемо.

⌚ у организатора группы, его руководителя и вербовщика новых членов в группу отсутствует ответственность за такую деятельность; за соответствующую деятельность в преступном сообществе ответственность предусмотрена;

⌚ минимальный состав группы – 2 человека, а сообщества – 3;

⌚ группа менее устойчивое объединение, чем сообщество;

⌚ для группы не обязательно распределение обязанностей по совершению преступления между ее членами; для сообщества – это один из необходимых признаков состава преступления;

⌚ ответственность за преступление, совершенное в составе группы, не связана со степенью тяжести преступления; для ответственности за участие в преступном сообществе или за создание его требуется, чтобы сообщество создавалось и действовало для совершения преступлений первой степени тяжести;

⌚ ответственность за участие в сообществе может быть соотнесена с такой целью создания сообщества, как воздействие на власти; как общий признак такая цель для группы не предусматривается;

⌚ виды групп различаются по отдельным составам преступлений, виды сообществ тоже могут выделяться по этому основанию; но, кроме того, сообщество представлено и в специальном составе преступления: сообщество, действующее против конституционного строя Эстонской Республики (§ 235).

⌚ применение судом имущественного наказания за преступление, совершенное в составе группы, возможно только в исключительных случаях, названных в законе, например, при наказании за передачу

группой лиц наркотических средств и психотропных веществ лицу, не достигшему восемнадцатилетнего возраста (п.1 ч. 2 и ч. 4 § 185); имущественное наказание за преступления, предусмотренные параграфами 255 и 256, суд может применить всегда.

Кроме соисполнительства известен и другой вид участия нескольких лиц в совершении противозаконного деяния. Каждое лицо, за исключением исполнителя, в этом виде деяния называется **соучастником** (§ 22). KarS не дает определения соучастия. Но воспользоваться тем определением, которое содержалось в ранее действовавшем на территории Эстонии УК, уже нельзя. Теоретическая модель соучастия, которая была применена в прежнем кодексе, была разработана по российскому образцу. Теперь же за основу взята, как и многое другое, германская теория соучастия. Разумеется, суть дела не в национальной принадлежности, а в содержании теории.

Сейчас, следуя за старым пониманием, будет ошибочным сказать, что соучастие есть умышленное участие нескольких лиц в совершении преступления. Ошибочно потому, что под это определение, как нетрудно заметить, подпадает и соисполнительство во всех его проявлениях. Между тем, германская теория соучастия исходит из того, что соисполнительство является самостоятельным и специфичным институтом наказательного права, не охватываемым понятием соучастия. В отличие от соисполнительства современное понимание соучастия, закрепленное в KarS, учитывает, что:

- соучастник непосредственно не совершает деяния, отвечающего признакам состава преступления;
- существует зависимость ответственности соучастников от поведения исполнителя;
- деятельность соучастников должна предшествовать исполнению деяния или, по крайней мере, совпадать с ним по времени;
- соучастники не обязательно должны действовать совместно друг с другом;
- соучастники не обязательно должны действовать согласованно друг с другом;
- действия соучастников, если исполнитель совершает преступление, подлежат квалификации по той статье KarS, по которой квалифицируется преступление исполнителя, и по той части § 22, в которой определяется один из двух видов соучастников.

Не давая общего понятия соучастия, эстонский кодекс определяет соучастников как подстрекателя и пособника. Подстрекателем признается лицо, умышленно склонившее другое лицо к совершению умышленного противозаконного деяния (ч.1 § 22). Пособником признается лицо, умышленно оказавшее физическое, материальное или моральное содействие при совершении другим лицом умышленного противозаконного деяния (ч. 2 § 22).

На основе этих легальных определений можно сказать, что соучастие представляет собой умышленную деятельность подстрекателя и (или) пособника, обусловившую совершение исполнителем умышленного противозаконного деяния.

Сравнивая такое понимание соучастия с тем, что было раньше, нельзя не заметить и некоторых других новшеств, кроме выведения за пределы соучастия преступной совместной деятельности нескольких исполнителей.

Прежнее определение соучастия указывало на зависимость ответственности соучастников от преступления, совершенного исполнителем. Теперь говорится о зависимости от умышленного противозаконного деяния исполнителя. Почему же нынче не упоминается преступление? Подход, базирующийся на немецком праве, позволяет более точно отобразить в понятии соучастия нестандартную ситуацию, которая была известна прежним эстонским криминалистам и судебной практике, но не получила адекватного отражения в понятийном аппарате. Если исполнитель, совершая противоправное (т.е. запрещенное законом) деяние, не несет ответственности в силу своей невменяемости или по другим причинам, исключающим вину, как решить вопрос об ответственности соучастников? Из современного определения соучастия на этот вопрос следует однозначный ответ. Соучастники несут ответственность и тогда, когда совершенное исполнителем, хотя и не может быть признано преступлением, но является деянием, нарушающим запрет закона.

К числу соучастников УК, действовавший на территории Эстонии, в свое время, кроме подстрекателей и пособников, относил и организаторов преступления. Нынче организатор специально не называется.

Прежнее и современное понимание соучастия, тем не менее, не следовало бы противопоставлять. У них имеются и точки соприкосновения. Причем по фундаментальным вопросам теории соучастия. В первую очередь в этой связи следует сказать о признании и применении акцессорной теории соучастия.

7.

Конструкция состава виновного деяния допускает, что и при не доведении деяния до конца в нем может присутствовать вполне достаточно признаков, чтобы, иметь основание для наказания лица. Речь идет о покушении. Согласно § 25 для признания покушения требуется, чтобы действие или бездействие лица были умышленными и направленными на совершение виновного деяния. Покушение на виновное деяние может влечь за собой более мягкое наказание, чем то, которое назначается за оконченное деяние.

С общим понятием покушения связан ряд более конкретных вопросов, KarS исключил ответственность за приготовление к виновному деянию. Наказательно-правовая реакция на приготовление как на стадию развития умышленной преступной деятельности стала возможной лишь в связи с применением конфискации (специальной конфискации). Конфискован

может быть предмет, использовавшийся при приготовлении к преступлению (ч. 2 § 83).

Однако актуальность понятия приготовления не понизилась, а, может быть, еще более возросла. Приготовление оказалось в «пограничной зоне», где проходит рубеж между деянием, преследуемым и не преследуемым по наказательному праву.

Для покушения важен момент его начала. В законе этот момент обозначен как «непосредственное» посягательство, т.е. когда лицо в соответствии со своими представлениями о деянии непосредственно приступает к исполнению виновного деяния. Установление этого момента не всегда просто.

По господствующей в немецком наказательном праве теории «признак непосредственного начала (и, значит, покушение) налицо, если поведение субъекта по его плану (субъективное одиночное основание) так тесно связано с реализующими состав действиями, что они должны привести к осуществлению состав в целом, если не возникнет каких-либо последствий (делается ссылка на работы Wessels J. und Beulke W., Gropp W. – Ю.Л.). Следует признать, однако, что практическая применимость вызывает определенные сомнения, во всяком случае, для ряда ситуаций. И как всегда при таком состоянии теории, авторы прибегают к анализу особых случаев (Sonderprobleme), казуистическому перечислению случаев признания покушения и пр., что, вообще говоря, весьма помогает практике. Так, в Комментарий проф. Г Трондле и Фишера отмечается со ссылкой на соответствующие судебные решения, что покушение признается в случаях: проникновения для кражи, вторжения в банк вооруженного лица, приманивания и удаления собаки при краже и др».¹

Субъективные и объективные признаки покушения по-разному представлены в неоконченном и оконченном покушении.

В KarS понятия неоконченного и оконченного покушения включены в раздел о вине, а не в раздел о составе виновного деяния. Это объясняется тем, что именно с виной связан институт отказа от покушения, практически важный для разграничения неоконченного и оконченного покушения.

¹ Жалинский А.. Рёрихт А. Введение в немецкое право, сс.. 622-623

