**ТЕМА: ДОГОВОРЫ ПО ВОЗМЕЗДНОМУ ОКАЗАНИЮ ЮРИДИЧЕСКИХ УСЛУГ: ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ**

**1.Понятие, юридическая природа и классификация представительства чужих интересов в гражданском праве**

**2.Договоры возмездного оказания услуг: общие положения**

**3.Договоры по возмездному оказанию юридических услуг: общие положения**

**1.Понятие, юридическая природа и классификация представительства чужих интересов в гражданском праве**

Особенность гражданского оборота выражается в том, что все охватываемые им многообразные правоотношения носят волевой характер. Необходимые для наступления правовых последствий волевые действия совершает обычно тот, кто станет, уже стал или перестает быть стороной соответствующего правоотношения. Однако возможны ситуации, при которых сделать все это самому по различным причинам не удается.

Отвечая этим потребностям, право и создало **особый институт– представительство чужих интересов.** Смысл представительства можно свести к тому, что одно лицо **«замещает»** другое с тем, что действия первого лица влекут юридически значимые последствия именно для второго лица – того, от чьего имени первое лицо действовало.

В связи с возрастанием роли гражданского права в регулировании соответствующих правоотношений растет роль и института представительства чужих интересов, призванного облегчать и расширять возможности приобретения и осуществления гражданских прав и обязанностей.

Этим обуславливается и необходимость определения понятия и юридической природы **представительства** и полномочия (глосс) в гражданском праве.

**Под представительством** понимается правоотношение, в силу которого правомерные юридические действия, совершенные одним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого**)**, непосредственно создают, изменяют или прекращают для последнего права и обязанности (Брагинский М.И., Витрянский В.В.Договорное право. Общие положения. – М. СТАТУТ.1997.C.138).

Между ними возникают **внутренние правоотношения** представительства. Представляемый находится с представителем в правоотношении, вытекающем из договора поручения, найма, опеки, родственных отношений и т.д.

В состав правоотношения как **“структурно-сложного“** правоотношения включается также **внешнее правоотношение**, между представителем и третьим лицом в процессе заключения сделки или совершения иного **юридического действия.**

Следовательно, **юридические действия**, совершаемые представителем, являются одним из элементов юридического состава (одним из юридических фактов, входящих в совокупность юридических фактов, образующих юридический состав), который вместе с другими элементами юридического состава является основанием возникновения, изменения или прекращения гражданских правоотношений между представляемым и третьим лицом (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве /ЮРИСТ. N 12.1999).

В соответствии с теорией права под **полномочием** понимается право представителя совершать сделки и другие юридические действия от имени представляемого и тем самым создавать для него правовые последствия (Гражданское право: Учебник /Под ред. С.П.Гришаева.- М.: Юристъ, 1999.C.92)

Необходимо иметь в виду, что в содержание правоотношения представительства между представляемым и представителем помимо **полномочия** и соответствующей ему обязанности представляемого входит также **обязанность представителя** не совершать от имени представляемого сделки в отношении себя лично (а для опекуна - и сделки с его супругом, близкими родственниками опекуна и его супруга–ст.72 ГК КР), а также в отношении другого лица, представителем которого он является.

Следовательно, правоотношение представительства является **сложно-структурным правоотношением.**

Таким образом, **правоотношение представительства** - это правоотношение между представителем и представляемым, содержащее право представителя совершить определенные юридические действия от имени и в интересах представляемого (**полномочие**) и соответствующую ему обязанность представляемого признать **правовые последствия** таких действий представителя (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве. ЮРИСТЪ. N12. 1999).

Понятие, занимающее второе по счету место в выделенной триаде **(представительство – поручение - доверенность)**, - **поручение**, выражает возложение одним лицом на другое лицо совершения различных по характеру **действий.**

Применительно к обозначенной триаде речь идет об особом виде поручения: его предмет составляет совершение **определенных юридических действий**, которые могут быть совершены **«от имени и по поручению другого»**.

А сами эти действия выражаются в том, что их совершение предполагает выступление одной из сторон договора от имени своего контрагента. Именно этот вид поручения, по поводу которого заключается одноименный договор, предназначен служить **правовым основанием** для **представительства чужих интересов**.

Формирование рынка услуг привело к возникновению новых видов отношений, связанных с оказанием **посреднических услуг**. Теперь можно выбрать тот тип договоров, который наиболее соответствует отношениям партнеров.

Смысл всех договоров оформляющих посредническую деятельность заключается в обеспечении интересов какого-либо одного лица действиями другого лица (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве / Юрист . N12. 1999).

**Представительство** - это отношение, в силу которого одно лицо (представитель) совершает **юридические действия** от имени другого лица (представляемого), и правовые последствия этих действий, если они совершены в пределах предоставленных представителю полномочий, возникают непосредственно для представляемого.

Представительство основывается на полномочии, возникающем либо в силу личного заявления представляемого, связанного обычно с представителем особым договором о представительстве (**договорное представительство**), либо в силу закона, предоставляющего такое право лицам, обладающим родительскими или опекунскими правами (**законное представительство**). Полномочие может быть не только прямо выраженным, но и подразумеваемым.

Особенность гражданского оборота выражается в том, что все охватываемые им многообразные правоотношения носят волевой характер. При этом волеобразующим действиям участников гражданского оборота придается особое значение применительно к **динамике развития** гражданских правоотношений.

Тщательное исследование природы представительства позволило указать на семь **существенных моментов,** определяющих сущность соответствующей модели обязательства.

Эти **существенные моменты** выражаются в том, что:

1."представительство есть понятие юридическое, оно состоит в заключении юридической сделки";

2.“представитель, заключая сделку, действует вместо принципала";

3. "представитель заключает сделку на имя принципала";

4."представитель заключает юридическую сделку с намерением воспроизвести для принципала такие юридические последствия, какие наступили бы, если бы тот сам контактировал";

5.“представитель должен иметь полномочие от принципала для совершения юридической сделки на имя последнего";

6."необходимое для бытия представительства полномочие должно основываться на каком – нибудь правовом моменте";

7.представительство "основывается на разделении свойств контрагента и субъекта сделки между представителем и принципалом и на мыслимом соединении обоих этих свойств посредством фикции в лице представляемого " (Брагинский М.B. Договор поручения/ Хозяйство и право. N4 .2001).

По общему правилу, каждое лицо (гражданин или юридическое лицо) самостоятельно совершает сделки и приобретает права и обязанности в результате указанных действий. Существуют случаи, когда лицо не может по каким-либо причинам самостоятельно действовать в гражданском обороте, совершать сделки и заключать договоры, тем самым оно вынуждено обратиться к другому лицу, которое будет представлять его интересы.

Отвечая этим потребностям, право и создало особый институт, составляющий первый элемент триады - **представительство**.

**Представительство** – правоотношение, в соответствии с которым одно лицо (представитель) на основании имеющегося у него полномочия выступает от имени другого лица (представляемого), непосредственно создавая (изменяя, прекращая) для него права и обязанности, т.е. это такие отношения лиц, при которых последствия сделок, совершенных одним лицом от имени другого, автоматически переходят на последнего (представляемого) (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве/ Юрист.N 12. 1999).

Потребность в представительстве возникает как в силу объективных причин (отсутствие дееспособности физического лица), так и по субъективным причинам (отсутствие знаний, опыта, времени).

Юридические лица всегда осуществляют свою деятельность через представителей: органы управления, руководителя или иных уполномоченных лиц. Но не все сделки могут быть совершены через представителя.

Не допускается совершение через представителя сделки, которая по своему характеру может быть совершена только лично, а равно других сделок, указанных в законе.

Так, **например**, только лично, а не через представителя заключаются браки между гражданами, составляется завещание.

Представитель всегда действует не только в **интересах**, но и от **имени представляемого**. Поэтому не являются представителями лица, действующие хотя и в чужих интересах, но от собственного имени (коммерческие посредники, ликвидаторы - конкурсные управляющие при банкротстве и т.п.).

По этому же признаку не является представителем комиссионер в договоре комиссии, который действует хотя и за счет другого лица, но от собственного имени. Осуществление представителем действий от имени представляемого не требует обязательного указания в заключаемых представителем сделках имени представляемого.

Отсутствие в тексте договора указания на то, что он заключен от имени другого лица и по его полномочиям, не может служить основанием для признания такого договора недействительным.

Представитель действует в интересах представляемого и от его имени, но **самостоятельно,** т.е. имеет **свою волю при совершении сделок**. Тем самым, не является представителем лицо (рукоприкладчик), которое непосредственно подписывает сделку (договор) за другое физическое лицо, не способное собственноручно подписаться вследствие физического недостатка, болезни или неграмотности.

В данном случае рукоприкладчик не выражает свою волю при подписании сделки, а подтверждает волю другого лица.

Таким образом, **отличительными признаками** представительства являются:

-юридическая деятельность представителя;

-осуществление деятельности представителем от имени представляемого;

-наличие самостоятельной воли представителя.

Представительство необходимо отличать от иных сходных отношений. Согласно ст.389 ГК КР, по **договору в пользу третьего лица** право требовать от должника исполнения обязательства в свою пользу принадлежит не лицу, заключившему договор, а указанному или не указанному в договоре третьему лицу (например, договор страхования в пользу выгодоприобретателя).

Отличие представительства от **договора в пользу третьего лица** состоит в том, что в результате заключения договора представителем у представляемого появляются не только права, но и обязанности, в то время как по договору в пользу третьего лица указанное лицо приобретает лишь права, а все обязанности несет лицо, заключившее договор.

Участники представительства получили в праве определенные названия:

-лицо, совершающее сделку от имени другого, называется **представителем;**

**-**лицо, в интересах которого совершается сделка, называется **представляемым;**

**-**а лица, с которыми заключается сделка, получили название **третьих лиц**.

**Представляемым** может быть любое лицо, обладающее **правоспособностью,** т.е. способностью иметь гражданские права и обязанности.

Представляемым может быть любое физическое лицо с момента его рождения и любое юридическое лицо с момента его государственной регистрации.

Особые требования предъявляются к правовому статусу представителя. **Представителем** может быть только лицо, обладающее **полной дееспособностью**, поскольку при отсутствии дееспособности представитель не сможет заключить сделку.

**Третьим лицом,** с которым представитель заключает сделку, может быть любой субъект права.

В законодательстве установлено несколько ограничений, связанных с правовым статусом третьих лиц. Закон не допускает совпадения в одном лице представителя и третьего лица, поскольку представитель не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично.

**Например**, договор с генеральным директором акционерного общества от имени общества подписывается председателем совета директоров общества или иным лицом, уполномоченным советом директоров общества, поскольку генеральный директор как представитель общества не может заключать сделку в отношении себя лично.

Не допускается также совершение сделок представителем в отношении другого лица, представителем которого он одновременно является, за исключением случаев коммерческого представительства (Брагинский М.И. Договор поручения. Приложение к журналу “ Хозяйство и право“ N 4. 2001).

Представительство, как правило, основано на определенном отношении представляемого и представителя. Представительство может возникнуть как в результате добровольного волеизъявления представляемого, так и независимо от подобного волеизъявления при наличии определенных оснований.

Существует **четыре основания возникновения** представительства:

- норма закона;

- акт уполномоченного государственного органа или органа местного самоуправления;

- доверенность;

- обстановка, в которой действует представитель (продавец в розничной торговле, кассир и т.п.).

Представительство выступает в неодинаковых правовых формах. При этом для классификации его форм используются различные **критерии**. С первым из них связано деление представительства на прямое и косвенное (В.Ю.Бакшинскас. Договорные обязательства: теория и практика. М.1997. С.124).

Различие между ними состоит в том, что при **прямом** - представитель своими действиями прямо (непосредственно) создает права и обязанности у того, кого он представляет. **Например,** ярким примером является договор поручения.

А при **косвенном** - представитель своими действиями создает права и обязанности у самого себя с тем, что эти права и обязанности он должен перенести с себя на того, кто дал ему соответствующее поручение. **Примером,** является заключение договора комиссии.

В ряде случаев для защиты интересов представляемых отношения представительства устанавливаются законом, и в этом случае от представителя не требуется получение согласия представляемого или иное подтверждение своих полномочий. Подобный вид представительства получил название законного представительства.

**Законные представители** по сравнению с другими представителями обладают максимальными полномочиями, определенными непосредственно в законе. Законными представителями являются **родители** и **усыновители** малолетних детей, а также **опекуны.** Законным представительством является также представление интересов юридического лица его **органами**.

**Например,** законным представителем акционерного общества является его исполнительный орган: единоличный (генеральный директор, директор), может быть коллегиальным (правление, дирекция), который действует без доверенности, поскольку его полномочия определены непосредственно в законе (п.3 ст.148 ГК КР).

Разновидностью законного представительства является административное представительство, основанное на акте уполномоченного государственного органа или органа местного самоуправления.

Основанием возникновения представительства является не любой административный акт (например, приказ органа юридического лица о назначении на должность), а только административный акт государственного органа или органа местного самоуправления. Тем самым основания представительства юридических лиц ограничены, поэтому представитель юридического лица может действовать только на основании закона, доверенности или его полномочия могут определяться обстановкой, но не приказом руководителя юридического лица.

Представительство может быть основано также на соглашении представляемого и представителя, оформленном в договоре или доверенности. Указанная разновидность получила название **добровольного представительства.**

Отличительным признаком добровольного представительства является добровольное волеизъявление представляемого, который сам выбирает представителя; в данном случае полномочия удостоверяются договором **поручения** или **доверенностью** представляемого.

**Полномочия представителя**. Закон обязывает представителя действовать только в пределах имеющихся у него полномочий. Полномочием представителя называются **объем** и **условия сделок**, которые он вправе совершать.

Объем полномочий представителя определяется **законом** или **доверенностью**. В том случае если представитель совершает сделку в пределах установленных полномочий, представляемый обязан принять на себя все последствия данной сделки.

Отказ от сделки со стороны представляемого возможен только при доказанности превышения полномочий представителем. Полномочия представителя могут быть ограничены как кругом совершаемых сделок, так и условиями, которые представитель обязан соблюдать при заключении сделки.

Особой разновидностью представительства является **коммерческое представительство**.

Коммерческим представителем является лицо, постоянно и самостоятельно представительствующее от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности. (п.1 ст.202 ГК КР).

Поскольку коммерческий представитель постоянно осуществляет свои действия в сфере предпринимательской деятельности, то выступать в данной роли может только коммерческая организация или индивидуальный предприниматель.

**Коммерческое представительство** принципиально отличается от обыкновенного представительства. Как было указано выше, в отношениях представительства не допускается, чтобы одно лицо было одновременно представителем разных сторон в сделке. В случае коммерческого представительства допускается одновременное представительство разных сторон в сделке с согласия этих сторон и в других случаях, предусмотренных законом.

**Фактическое** **и мнимое представительство**.

Основанием возникновения представительства, как уже отмечалось выше, является определенная связь между ними. Но в некоторых случаях лицо может действовать от имени и в интересах другого лица без надлежащих полномочий.

Подобные отношения получили в праве название **фактического представительства**, т.е. представительства, основанного не на законе или доверенности, а на желании представителя осуществить те или иные действия в интересах другого лица.

Как правило, подобные отношения возникают в случаях, когда одно лицо намерено помочь другому лицу, не способному в результате сложившихся обстоятельств (болезнь, длительное отсутствие, незнание и др.) позаботиться о своих интересах (ст. 812 ГК КР).

Кроме этого, встречаются случаи, при которых представитель заблуждается относительно предоставленных ему полномочий действовать в интересах другого лица, поскольку в действительности подобных полномочий не имеет.

Подобные отношения, возникающие при действии без доверенности, при недействительности выданной представителю доверенности, ненадлежащем ее оформлении, прекращении ее действия или при превышении представителем полномочий, указанных в доверенности, получили название **мнимого представительства.**

И мнимое, и фактическое представительство имеют общую особенность – сделки в интересах другого лица заключает **неуполномоченное лицо**.

Согласно ст.201 ГК КР при отсутствии полномочий действовать от имени другого лица или при превышении таких полномочий сделка считается заключенной от имени и в интересах совершившего ее лица, если только другое лицо (представляемый) впоследствии прямо одобрит данную сделку.

Последующее одобрение договора может выражаться в подписании или в направлении письменных документов, или при осуществлении действий, направленных на реальное исполнение договора (передача имущества, уплата денег и т.п.).

Таким образом, договор, подписанный не руководителем организации, а его заместителем, не имеющим полномочий на подобные действия, не влечет правовых последствий для указанной в договоре организации.

Поэтому впоследствии данная организация может вполне правомерно отказаться от исполнения подобного договора. Особенное внимание на указанное выше правило необходимо обращать при **подписании договоров** страхования, договора поручительства, банковской гарантии и в других аналогичных случаях.

Так, следует проверять **подписание договоров** уполномоченными лицами. Например, договор поручительства от имени поручителя был подписан не генеральным директором организации, а его заместителем без доверенности.

При неисполнении должником обеспеченного поручительством обязательства, организация-поручитель отказалась от исполнения договора поручительства, поскольку договор был подписан неуполномоченным лицом и впоследствии не был одобрен.

Но кредитор вправе предъявить свои требования непосредственно к физическому лицу, подписавшему договор (заместителю директора), поскольку считается, что договор заключен от его имени и в его интересах, т.е. в данном случае поручителем по договору является не организация, а заместитель директора как частное лицо.

В случае последующего одобрения сделки представляемым гражданские права и обязанности по данной сделке создаются, изменяются или прекращаются для него с момента ее совершения, т.е. сделка будет считаться совершенной не в момент ее одобрения представляемым, а с момента ее совершения представителем.

Статья 40 Конституции Кыргызской Республики гласит: «Каждому гражданину обеспечивается квалифицированная юридическая помощь и защита прав и свобод, гарантируемых Конституцией» в связи с этим институт представительства в судопроизводстве призван содействовать более полному осуществлению участниками процесса своих прав и обязанностей и охраняемых законом интересов.

В такой защите прав и интересов нуждаются и физические и юридические лица.

**Институт представительства** в уголовном судопроизводстве необходим для содействия более полного осуществления участникам процесса своих прав и обязанностей и охраняемых законом интересов. В такой защите нуждаются и физические и юридические лица.

Юридические лица, признанные по делу гражданскими истцами или гражданскими ответчиками, участвуют в деле исключительно через своих представителей. **Представителями** могут быть адвокаты, близкие родственники и иные лица, допущенные к участию в деле (ст. 43, 44 УПК КР).

Основанием **представительства** для допуска адвоката в дело в качестве представителя служит ордер юридической консультации, а для других лиц – соответствующие доверенность или документ, удостоверяющий их отношения к представляемым участникам процесса.

Закон рассматривает **представителей** как участников процесса, а в судебном разбирательстве ставит их в положение сторон (Материальное право и процессуальные средства его защиты. / Сб. статей Калинин. 1991. С.12).

Объем конкретных прав представителей обусловлен видом представительства и процессуальным положением сторон. По делам о преступлениях, совершенных несовершеннолетними, к обязательному участию в деле привлекаются их законные представители (ст.43 УПК КР).

**Защитник** – лицо, осуществляемое защиту прав и интересов подозреваемого, обвиняемого, подсудимого по уголовному делу и оказывающее им юридическую помощь. В качестве защитников на следствии участвуют адвокаты.

В суде в качестве защитников могут быть допущены близкие родственники и законные представители подсудимого (ст.44 УПК КР).

Судебный представитель в гражданском процессе–лицо, совершающее процессуальные действия от имени в интересах представляемого участника дела, гражданина или организации.

«Под судебным представительством понимается деятельность одного лица в интересах другого лица, осуществляемая на основании предоставленных ему полномочий в суде от имени представляемого в целях получения наиболее благоприятного решения, а также для оказания представляемому помощи в реализации своих прав, предотвращения их нарушения в процессе и оказания суду содействия в отправлении правосудия по гражданским делам» (Трубников П.Я. Защита гражданских прав в суде. М. 2001. С.61).

**Представительство в суде** призвано обеспечивать реализацию права граждан на судебную защиту. Оно приобретает особо важное значение для защиты интересов несовершеннолетних и недееспособных, юридических лиц и вообще лиц, не имеющих юридической подготовки, а также для защиты прав лиц, которые в силу тех либо иных причин не могут участвовать в судебном заседании по делу (болезнь, занятость, отсутствие в данной местности и т.п.) (ст.37 ГПК КР).

Для гражданина личное участие в деле не лишает его права иметь представителя по этому делу. Одновременное участие представителя с гражданином, интересы которого он представляет, именуется иначе **правозаступничеством.**

Сегодня такая форма участия представителя стала преобладающей (ст.52 ГПК КР). Судебное представительство допускается по любым категориям гражданских дел и на любой стадии процесса.

Представителями в суде могут быть только совершеннолетние граждане, обладающие и правоспособностью и дееспособностью. Согласно ст. 55 ГПК КР не могут быть допущены в качестве представителей по делу:

- cудьи, следователи, прокуроры и депутаты представительных органов власти не могут быть представителями в суде, кроме случаев участия их в процессе в качестве уполномоченных соответствующих организаций или в качестве законных представителей;

-представителями в суде не могут быть адвокаты, принявшие поручение об оказании юридической помощи с нарушением правил, установленных законодательством об адвокатуре;

-лицо не может быть представителем, если по данному делу оказывает или ранее оказывало юридическую помощь лицам, интересы которых противоречат интересам представляемого, или участвовало в качестве судьи, прокурора, эксперта, специалиста, переводчика, свидетеля или понятого, а также, если оно состоит в родственных отношениях с должностным лицом, принимающим участие в рассмотрении дела;

-несовершеннолетние граждане не могут быть представителями в суде. Даже свои собственные интересы они самостоятельно защищать не могут. Для этого существуют их законные представители.

**Законное представительство** предусмотрено для полностью недееспособных граждан, частично и ограниченно дееспособных. **Основаниями возникновения законного представительства** являются:

1) факт происхождения ребенка, установленный и зарегистрированный в определенном порядке;

2) факт усыновления, зарегистрированный в установленном порядке;

3) административный акт о назначении опеки и попечительства.

**Законными представителями** по делу являются родители, усыновители, опекуны и попечители. Функции законных представителей в отношении лиц, находящихся на попечении в государственных или общественных учреждениях, возложены на администрацию этих учреждений.

В качестве законного представителя в суде в этом случае выступает либо руководитель соответствующего учреждения, либо назначенный им работник.

Законным представителям не воспрещается поручать ведение дела в суде другому представителю, которого они избирают для лучшей защиты прав и интересов своих подопечных лиц.

Полномочия представителей, указанных в пунктах ст.58 ГПК КР могут быть выражены в устном заявлении доверителя на суде, занесенном в протокол судебного заседания. Руководители юридических лиц подтверждают свои полномочия документом, удостоверяющим их служебное положение или полномочия.

В соответствии со ст.56 ГПК КР законные представители совершают от имени представляемых **все процессуальные действия,** право совершения которых принадлежит представляемым, с ограничениями, предусмотренными законом.

Права и охраняемые законом интересы недееспособных граждан, лиц, не обладающих полной дееспособностью или признанных ограниченно-дееспособными, защищают в суде их родители, усыновители, опекуны или попечители, которые представляют суду документы, удостоверяющие их полномочия.

Они подтверждают свои полномочия соответствующими документами: родители – паспортом и свидетельством о рождении ребенка, усыновители – свидетельством об усыновлении, опекуны и попечители – надлежащими документами органов местного самоуправления.

По делам, затрагивающим интересы лиц, частично или полностью недееспособных, следует удостовериться, что имеется **судебное решение** о признании гражданина недееспособным или ограниченно дееспособным, а также проверить полномочия его попечителя или опекуна.

По делу, в котором должен участвовать гражданин, признанный в установленном порядке  **безвестно отсутствующим**, в качестве его представителя выступает лицо, которому передано в управление имущество безвестно отсутствующего.

По делу, в котором должен участвовать **наследник** лица, умершего или объявленного в установленном порядке умершим, если наследство еще никем не принято, в качестве представителя наследника выступает хранитель или опекун, назначенный для охраны и управления наследственным имуществом.

Законные представители могут поручить ведение дела в суде другому лицу, избранному ими качестве представителя. Законным представителям предоставлено право совершать все процессуальные действия от имени представляемых без какого-либо упоминания о необходимости выдачи доверенности на совершение распорядительных действий (отказ от иска, изменение предмета и основания иска и др.).

Однако такими действиями могут затрагиваться интересы представляемых лиц. Это обстоятельство лишний раз подтверждает необходимость участия по таким делам органов опеки и попечительства, дающим заключение по существу рассматриваемого дела.

Полномочия представителей делятся на общие и специальные.

**К общим** относятся те, без которых невозможна защита интересов доверителей (право участвовать в исследовании доказательств, выступать в прениях, заявлять ходатайства, отводы суду и т.п.).

**Специальные полномочия** касаются совершения наиболее важных действий, связанных с распоряжением объектом процесса (передача дела в суд аксакалов, полный или частичный отказ от исковых требований, признание иска, изменение предмета и основания иска, заключение мирового соглашения, предъявление исполнительного листа к взысканию, получение имущества или денег, обжалование решения, передача полномочий другому лицу).

Согласно ст. 58 ГПК КР, эта группа доверяемых представителю полномочий должна каждый раз оговариваться в специальной на то **доверенности.**

Институт добровольного представительства имеет громадное значение для промышленного оборота, давая возможность правоспособному лицу расширять свою юридическую деятельность. При посредстве этого института юридическая личность человека переходит за пределы, очерченные его физической природой.

С помощью добровольного представительства одно и то же лицо может одновременно вступать в юридические отношения с различными лицами, совершать несколько сделок, по которым оно одно будет считаться юридическим субъектом.

**Отличия представительства**. Представительство необходимо отличать от простой замены одного лица другим. Представительство в гражданско-правовом понимании подразумевает совершение сделок одним лицом от имени другого, т.е. отличительным признаком представительства является **юридическая деятельность представителя.**

#### Отличия представительства от поручения

В обоих институтах посредствующее лицо совершает юридическую сделку, чем и отличается от юридического соучастника (Нерсесов Н.О. Представительство и ценные бумаги в гражданском праве. М.2000 г., С.48)., но в то же время оба они различны друг от друга по существенным признакам.

**Поручение**, если такой договор заключен - это соглашение, в силу которого одна сторона принимает на себя обязанность совершить юридические действия для другой, т.е. за ее счет, но от своего собственного имени.

Между тем **представитель** имеет полномочие обязывать или управомачивать своими сделками принципала.

Поручение направлено исключительно на **внутреннее отношение** поручителя и лица, принявшего поручение; представительство – на **внешнее отношение** принципала и третьего лица, вступившего в ним в юридические отношения через представителя, первое характеризуется внутренним субъективным моментом, а второе – внешним объектом, т.е. имеет значение по преимуществу для третьих лиц.

Эти два института имеют различный характер по своему содержанию и могут существовать независимо друг о друга. Там, где одно лицо действует за счет другого, но от своего имени - это **поручение**, там где посредствующее лицо действует не только за счет другого, но и от его имени, будет не поручение, а **представительство**.

В поручении на первый план выступает обязанность поверенного исполнить данное ему поручение, а в представительстве – право представителя своими сделками управомачивать и обязывать одного только принципала.

Из всего ранее рассмотренного можно сделать следующие выводы:

-представительство есть **понятие юридическое;** этим оно отличается от различных жизненных фактов, где одно лицо пользуется услугами другого, отношений, называемых на разговорном языке также представительством;

-оно имеет место там, где посредствующее лицо совершает **юридический акт** от имени другого; в противном случае если действия его отличаются чисто фактическим характером, то представительство не имеет места.

-так как представитель сам заключает юридическую сделку, то он должен иметь **волю,** необходимую по требованию права, для совершения юридических действий вообще.

-юридический эффект представительства, т.е. непосредственный переход прав к принципалу должен быть сознательным **результатом** намерения представителя. Там, где подобный эффект следует помимо воли и желания этого последнего, не может быть и речи о представительстве.

-представитель совершает сделку от **имени другого**, который считается единственным и первоначальным субъектом ее. Непосредственные иски между представителем и третьими лицами невозможны, таковые имеют место только между последними и принципалом. Предъявление третьим лицом иска против самого представителя не могут подлежать удовлетворению вследствие отсутствия в нем существенного основания всякого искового требования. Этим признаком представительство отличается от договора поручения и аналогичных с ним отношений, в котором посредствующее лицо заключает сделку, хотя за чужой счет, но от своего имени, так что оно само является по отношению к своему контрагенту стороной, т.е. непосредственным кредитором или должником.

-представитель должен иметь необходимое **полномочие**, на основании которого заключаемая им от имени принципала сделка считается таковой последнего. Этот признак отличает рассматриваемое юридическое понятие. Для совершения юридически значимых действий от имени другого, представитель нуждается в наделении соответствующими полученными от представляемого правами (**полномочиями**). Это необходимо ему, поскольку указанные права (полномочия) реализуются в отношениях с 3-м лицом. В противном случае последний не может знать, в каких пределах можно доверять представителю.

Указанное обстоятельство предопределило не только необходимость использования для отмеченной цели соответствующего документа, но одновременно в значительной мере существование его, третьего элемента в триаде, название которому – **доверенность**, то есть то, что заведомо предполагает **особое доверие**, основание для того, чтобы положиться на другого.

Статья 200 ГК КР, раскрывает **содержание понятия** «представительства» путем указания на то, что «сделка, совершенная одним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого) в силу полномочия, основанного на доверенности, указания закона либо акте уполномоченного на то государственного органа или органа местного самоуправления, непосредственно создает, изменяет и прекращает гражданские права и обязанности представляемого».

**Доверенностью** является документ, подтверждающий полномочия представителя. Согласно ст. 203 ГК КР **доверенностью** признается письменное уполномочие, выдаваемое одним лицом другому лицу для представительства перед третьими лицами. Лицо, выдающее доверенность, получило в законе название **доверителя** (Крылов С. Стороны в договоре поручения/ Хозяйство и право. 1999. N 8).

**Доверенность** оформляет добровольное представительство и необходима для предъявления третьим лицам при заключении сделки.

Основанием для выдачи **доверенности** может являться любой юридический факт, в том числе и договор между представляемым и представителем. Сделка, совершенная представителем в пределах полномочий, указанных в доверенности, будет обязательна для представляемого, даже если представитель нарушит условие договора, поскольку отношения представляемого и представителя не влияют на отношения между представителем и третьим лицом. Доверенность устанавливает полномочия представителя, объем которых определяется доверителем. В зависимости от объема полномочий представителя различают следующие виды доверенностей: генеральные, специальные и разовые.

**Генеральная доверенность** дает представителю максимальный круг полномочий без всяких ограничений. Примером генеральной доверенности является доверенность руководителя филиала, доверенность на управление имуществом физического лица с правом распоряжения и др. **Специальная доверенность** уполномочивает представителя совершать однообразные сделки в течение определенного периода времени. **Разовая доверенность** выдается на совершение однократной конкретной сделки или выполнения иного юридического действия. Как правило, разовой доверенностью оформляются полномочия представителя организации на заключение и подписание конкретного договора. Поэтому она должна соответствовать всем условиям действительности сделки, а кроме этого должна быть оформлена в установленном законом порядке.

Особое значение **представительства** в указанной триаде состоит в том, что именно в нем воплощается соответствующая ее **цель**. Речь идет о том, что договор поручения заключается для того, чтобы сделать выступление от имени другого предметом договорного обязательства, а доверенность выдается для подтверждения наличия у лица полномочий, необходимых для совершения соответствующих юридически значимых действий по отношению к третьему лицу (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве / Юрист. 1999. N12).

**2. Договор возмездного оказания услуг: общие положения**

Договор возмездного оказания услуг **определен** в ст. 694 ГК КР как обязательство, согласно которому исполнитель обязуется по заданию заказчика оказать услуги (совершить определенные действия или осуществить определенную деятельность), не имеющие **вещественной формы**, а заказчик обязуется оплатить эти услуги.

Большинство юристов-цивилистов едины во мнении о том:

-что услуга направлена на удовлетворение потребностей людей (как правило, личных) и юридических лиц;

-услуга не имеет вещественного результата;

-обладает свойством неосязаемости;

-трудностью обособления;

-неотделимостью от источника (услуга тесно связана с личностью исполнителя);

-синхронностью оказания и получения;

-моментальностью ее потребления;

-стоимость услуги формируется в процессе ее оказания;

-в результате оказания услуги создается полезный эффект;

-при всей важности результата оказания услуги для заказчика результат не является элементом услуги;

-результат не может быть гарантирован исполнителем (Андреев Ю. Гражданско-правовые договоры возмездного оказания услуг (глава 39 ГК РФ) /Хозяйство и право.N1. 2006).

Наибольшую трудность для юристов составляет отличие возмездных услуг от подрядных работ. В отличие от договора подряда, результатом которого является возникновение реального (овеществленного) предмета окружающего нас мира (например, строительство дома и сдача-приемка объекта договора подряда), для заказчика медицинской услуги важен сам процесс оказания услуги, сами действия, ряд этих действий (лечение больного, уход за больным, консультации, информирование, охрана и т.д.).

Именно срок оказания услуги влияет на срок действия договора. Специфичны правовые последствия невозможности исполнения возмездной услуги, одностороннего отказа от исполнения договора и т.д.

В ст.695 ГК КР дан **примерный перечень** обязательств по оказанию услуг: это медицинские, ветеринарные, аудиторские, консультационные, информационные, услуги по обучению, туристическому обслуживанию, связи и другие.

Возмездное оказание услуг впервые выделено в Гражданском кодексе Кыргызской Республики как **самостоятельный тип договора**, имеющий собственную нормативно-правовую базу. Ему посвящена Глава 31 ГК КР.

В группе договоров, направленных на выполнение работ (оказание услуг), существуют такие обязательства, которые вследствие особенностей работы (услуги) и полученного результата обусловили выделение их в **самостоятельные договорные типы** со специфической правовой базой.

Такими особенностями характеризуются договоры, направленные на оказание юридических услуг.

**Юридические услуги** разнообразны и они, в основном, имеют **представительский характер**. Поэтому в лекции особое внимание уделяется самому понятию **“представительства чужих интересов“**, классификации представительства на определенные виды и правовой природе оказания юридических услуг по представительству чужих интересов.

Институт возмездного оказания услуг предназначен для регулирования правоотношений, которые, с одной стороны, не могут быть эффективно регламентированы подрядными нормами, а с другой стороны, по своей значимости и индивидуализирующим свойствам еще не достигли той степени, при которой оказывается необходимым выделение каждого из них в самостоятельный договорной тип.

Последовательно уточняющая **характеристика договора** возмездного оказания услуг может быть представлена следующим образом:

-во-первых, он относится к группе договоров, **направленных на выполнение работ (оказание услуг)**. Причем данная направленность неразрывно связана с его **возмездностью;**

-во-вторых, он направлен на выполнение не любых работ, а лишь таких, **результат которых неотделим от самой работы.**

Следовательно, **общность направленности** является основой для применения к возмездному оказанию услуг значительного количества норм, регулирующих подрядные отношения.

В ст.700 ГК КР сказано, что общие положения о подряде и положения о бытовом подряде применяются к договору возмездного оказания услуг, если это не противоречит правилам главы 31 ГК КР, а также особенностям предмета данного договора.

В отличие от определения договора подряда, в определении договора возмездного оказания услуг отсутствует ссылка на **результат, подлежащий передаче заказчику** (ст.694 ГК КР).

В юридической литературе также акцентируется внимание на том, что характерной особенностью услуг, отличающей их от подряда, является **отсутствие результата, отделимого от процесса работы**.

**Предметом** являются, как правило, соответствующие **действия**, а не их **овеществленный результат** (Брагинский М.И. Договоры подряда и возмездного оказания услуг по гражданскому законодательству / Законодательство и экономика. 1997. N 17-18).

Всем услугам присущ один **общий признак** – результату предшествует совершение действий, не имеющих материального воплощения, составляющих вместе с ним единое целое.

Поэтому при оказании услуги “продается“ не сам результат, а действие, к нему приводящее (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / Под ред. О.Н.Садикова. М.1996. С.348).

Если услуга оказывается должным образом, считается, что исполнитель надлежаще выполняет обязательство, даже если конечный результат и не наступил (Иоффе О.С. Обязательственное право. М.1975. С.488-489).

 **Например,** в обязательстве по оказанию медицинских услуг выздоровление пациента

можно рассматривать как конечный результат, отделимый от процесса их оказания.

То, что результат наступил, может свидетельствовать о качественности оказанных медицинских услуг. Но выздоровление может и не наступить, даже если врач квалифицированно провел лечение.

Поэтому если выздоровление не наступило, это не доказывает некачественности оказанных услуг.

И потому подобный “отделимый” результат деятельности по оказанию услуг нельзя рассматривать как результат, имеющий ту же правовую природу и, соответственно, те же правовые последствия, что и результат подрядных работ.

Наличие такого результата (именно наличие, а не его отсутствие) при определенных условиях может быть лишь одним из критериев установления качества оказанных услуг (Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М., ЮРИСТЪ. 2001.С.258).

**3. Договоры по возмездному оказанию юридических услуг: общие положения**

В группе договоров, направленных на оказание услуг существуют особые обязательства, отличающиеся по характеру работы и **специфике договорного результата**. Особенности работы и результата обусловили выделение их в самостоятельные договорные типы со специфической правовой базой.

Такими особенностями характеризуются договоры, направленные на **оказание юридических услуг**.

**Юридические услуги** разнообразны. В Гражданском кодексе КР в качестве самостоятельных типов возмездного оказания услуг юридического характера выделены договоры поручения (гл. 39), комиссии (гл. 41), агентирования(гл. 42). Особое место занимает договор доверительного управлениячужим имуществом (гл. 43), где сочетаются действия юридического и фактического характера.

Именно указанные договоры и рассмотрены в лекции.

Все эти договоры объединяет один общий признак: исполнитель совершает для заказчика юридически значимые действия.

Оказание юридических услуг направлено на выполнение услуги с целью достижения определенного экономического результата. Юридические услуги имеют принципиальную специфику, предопределенную особым характером договорного результата (юридически значимые действия) и, соответственно, своебразным характером работы, направленной на его достижение.

Юридические услуги – понятие в некоторой степени неопределенное. Оно охватывает и такие услуги, которые не требуют правового регулирования, отличного от регламентации обычных услуг.

Например, услуги по судебному представительству, которые не предусматривают совершение действий, влекущих возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей, можно назвать юридическими (Романец Ю.В.Система договоров в гражданском праве России. М.2000. С.410).

Однако их правовое регулирование охватывается нормами о возмездном оказании услуг. Поэтому важно четко определить, какие юридические услуги законодатель рассматривает в качестве признака, требующего особой правовой регламентации.

**Например**, в договоре оказания правовых услуг по судебному представительству условие о выплате дополнительного вознаграждения за вынесение судом определенного решения является незаконным, так как судебное решение не может быть объективным критерием количества и качества оказанных правовых услуг.

Судебное решение-это результат деятельности суда, а не представителя одной из сторон. Поэтому решение суда является показателем качества правосудия, а не услуг адвоката.

Договор возмездного оказания услуг - сфера частного права. Вынесение судебного решения - сфера публичной деятельности.

Это свидетельствует о недопустимости оплаты услуг представителя в зависимости от судебного решения. Сторона по частно - правовому гражданскому договору не должна получать вознаграждение за результат публично-правовой деятельности.

В этом случае размер вознаграждения должен определяться с учетом фактически совершенных исполнителем действий (деятельности).

Анализ ГК КР показывает, что специального правового регулирования требуют такие **юридические услуги**, которые направлены на совершение юридически значимых действий, т.е. **действий, влекущих за собой возникновение, изменение или прекращение прав и обязанностей**.

Именно **направленность** на совершение юридических действий, имеющих значение юридического факта, является **квалифицирующим признаком** рассматриваемых обязательств.

**Например**, между банком и коллегией адвокатов был заключен договор о взыскании денежных средств с заемщика в пользу банка во внесудебном порядке с уплатой вознаграждения в размере 10 % суммы взысканных средств.

В порядке исполнения поручения коллегия выполнила следующую работу: были проведены переговоры, составлены проекты мировых соглашений, договоров об урегулировании долговых обязательств.

В результате проделанной работы банк и заемщик подписали договор об урегулировании долговых обязательств и заемщик перечислил банку сумму долга. Однако, банк отказался от исполнения заключенного договора.

Кассационная инстанция исходила из того, что был заключен не договор поручения, а договор возмездного оказания услуг. Предметом договора являлось совершение фактических действий, а не юридический. результат. Поэтому банк обязан выплатить договорное вознаграждение.

**Специфика** договора оказания юридических услуг выражается, прежде всего, в том, что в нем соединяются **элементы** и **подряда**, и **возмездного оказания услуг**. С одной стороны, результат любого договора оказания юридических услуг отделим от процесса ее оказания.

Юридическая услуга направлена на достижение конечного результата, а не на потребление процесса ее оказания.

Например, в ст.802 ГК КР - определении договора поручения, сказано, что поверенный обязуется совершить определенные юридические действия (при этом под действиями понимается не деятельность, а конкретные юридические поступки, имеющие значение юридических фактов).

Еще более конкретно направленность на достижение отделимого результата закреплена в легальном определении договора комиссии, в котором говорится, что комиссионер обязуется совершить одну или несколько сделок (ст. 822 ГК КР). Поэтому платят за результат, а не за процесс выполнения работы.

С другой стороны, отличие услуг от подряда выражается в том, что результат юридических услуг не может существовать “по частям“. Он или есть в целом, или его нет вообще.

Какой бы объем предварительной работы не провели поверенный или комиссионер, но пока юридически значимые действия ими не совершены, договорного результата не существует.

Поскольку результат юридической услуги не может быть частичным, невозможна его частичная оплата.

Необходимо учитывать общий принцип: правила, относящиеся к подряду и возмездному оказанию услуг, могут распространяться на юридические услуги лишь в части, не противоречащей специфике юридических услуг.

Ни в одной из перечисленных глав ГК КР не содержится отсылок к институтам подряда и возмездного оказания услуг. Тем самым законодатель подчеркнул самостоятельное правовое значение института юридических услуг.

Унификация положений, являющихся общими для всех договоров оказания юридических услуг, могла бы быть проведена как путем выделения таких норм в самостоятельном разделе ГК КР, так и путем дублирования в конкретных главах, посвященных отдельным видам юридических услуг.

**ТЕМА: ТРАНСПОРТНАЯ ЭКСПЕДИЦИЯ**

1. **Понятие и правовое регулирование договора транспортной экспедиции**
2. **Предмет договора, стороны.**
3. **Права и обязанности сторон.**

Договор транспортной экспедиции – соглашение, в силу которого одна сторона (экспедитор) обязуется за вознаграждение и за счет другой стороны (клиента-грузоотправителя или грузополучателя) выполнить или организовать выполнение определенных договором экспедиции услуг, связанных с перевозкой груза (ст. 801 ГК РФ).

Договор транспортной экспедиции относится к категории договоров об оказании услуг, является **консенсуальным, двусторонне-обязывающим и возмездным.**

Данный договор имеет ряд черт, сближающих его с договорами комиссии, поручения и агентирования. Однако законодатель закрепляет его как самостоятельный вид договора, поскольку он имеет и существенные отличия от упомянутых договоров. Так, по договору комиссии комиссионер действует всегда от своего имени, тогда как экспедитор может действовать и от имени клиента. Кроме того, экспедитор совершает не только сделки (т.е. юридические действия), как в договорах комиссии и поручения, но и фактические действия. От договора поручения договор транспортной экспедиции отличается также обязательной возмездностью, тогда как договор поручения может быть безвозмездным. От всех трех упомянутых договоров он отличается непременной связью с перевозкой груза, т.е. специальной сферой существования.

Правовое регулирование экспедиционных отношений осуществляется целым рядом источников. Поскольку гл. 41 ГК предусматривает принятие специального закона о транспортно-экспедиционной деятельности, она не дает подробного регулирования данного вида отношений, а закрепляет лишь их основы. Так, в ГК нет норм о правах и обязанностях сторон по взаимным расчетам, норм об ответственности клиента, а дается отсылочная норма (п. 3 ст. 801 ГК), где указано, что условия выполнения договора транспортной экспедиции определяются соглашением сторон, если иное не установлено законом о транспортно-экспедиционной деятельности, другими законами и иными правовыми актами. Таковыми являются транспортные уставы и кодексы (например, УВВТ (ст. 78), КТМ (ст. 62) и УAT (ст. 124-125), а также Правила транспортно-экспедиционного обслуживания предприятий, организаций и учреждений в РСФСР, утвержденные 6 февраля 1981 г.

Кроме того, до принятия упомянутого закона о транспортно-экспедиционной деятельности, если взаимные обязанности сторон не определены договором, следует руководствоваться общими положениями об обязательствах, содержащимися в разд. III ГК, а в зависимости от условий заключенного договора – субсидиарно также нормами ГК о договорах поручения (гл. 49), комиссии (гл. 51) и агентирования (гл. 52).

**2. Предмет договора** транспортной экспедиции составляет оказание экспедитором клиенту особого рода услуг, необходимость которых вытекает непосредственно из процесса транспортировки груза. Поскольку эти услуги весьма многообразны, Гражданский кодекс не дает их исчерпывающего перечня. Вместе с тем всю совокупность возможных транспортно-экспедиционных услуг можно разделить на две большие группы: действия юридического характера и действия фактического характера. Так, из приведенных в ст. 801 ГК экспедиционных услуг к действиям фактическим могут быть отнесены погрузка и выгрузка грузов, проверка состояния груза при отправке и получении, хранение груза, а к юридическим действиям следует отнести заключение договора перевозки груза, выполнение таможенных и иных формальностей.

Гражданский кодекс дает лишь общую характеристику предмета договора в ст. 801. В ней же (п. 3) содержится отсылка к специальному закону о. транспортно-экспедиционной деятельности. До принятия такого закона остаются в силе Правила транспортно-экспедиционного обслуживания предприятий, организаций и учреждений в РСФСР, утвержденные 6 февраля 1981 г. Этот нормативный акт дает подробный перечень операций и услуг в сфере транспортной экспедиции с учетом специфики процесса перевозки грузов при использовании разных видов транспорта. Одновременно Правила делят все виды услуг и операций на основные и дополнительные, а по связи с процессом перевозки – на операции по отправлению грузов и операции по прибытию грузов.

В упомянутом акте предусмотрены следующие операции и услуги в сфере транспортной экспедиции в автомобильном транспорте: прием грузов к перевозке с надлежащим оформлением документов; сопровождение и охрана грузов при перевозке автотранспортом; сдача груза грузополучателям с надлежащим оформлением товарно-транспортных документов. В годовых договорах на перевозку груза автотранспортом может быть предусмотрено выполнение дополнительных операций:

- предварительная подготовка груза к перевозке (подсортировка, под-группировка, затаривание, пакетирование, взвешивание, заполнение бирки, нанесение маркировки и т.п.);

- внутрискладская переработка грузов; погрузка и выгрузка грузов;

- предоставление в пользование средств укрытия груза и др.

Применительно к экспедиционному обслуживанию смешанного автомобильно-железнодорожного, автомобильно-водного, автомобильно-авиационного сообщения в Правилах называются следующие основные операции и услуги:

а) по отправлению грузов: предоставление станциям железных дорог, морским, речным портам (пристаням) и аэропортам заявок на отправление грузов от имени грузоотправителей; получение от станций железных дорог, морских, речных портов (пристаней) и аэропортов, визы на завоз грузов и информирование об этом грузоотправителей; прием грузов от грузоотправителей; сопровождение и охрана грузов при перевозке автомобильным транспортом; сдача грузов станциям железных дорог, морским, речным портам (пристаням), аэропортам отправления; оплата стоимости перевозок и дополнительных сборов железной дороге, морскому, речному и воздушному транспорту и ряд других услуг;

б) по прибытии грузов: раскредитование документов на прибывшие в адрес грузополучателей грузы; информация грузополучателей по прибытии в их адрес грузов; прием грузов от станций железных дорог, морских, речных портов (пристаней) и аэропортов; сопровождение и охрана грузов при перевозке автотранспортом; сдача грузов получателям; доставка грузополучателям транспортных и других документов.

Помимо названных основных услуг в Правилах содержатся возможные дополнительные операции и услуги, в частности: маркировка предназначаемых к отправлению грузов; завоз грузов на склады, укрупнение мелких отправок и подгруппировка грузов по направлениям и назначению; предъявление претензий и исков железнодорожному, водному и воздушному транспорту за просрочку в доставке грузов; расчетные операции при отправлении и прибытии груза и др.

**Сторонами договора** являются экспедитор и клиент. В качестве экспедитора может выступать как специализированная коммерческая организация – юридическое лицо, так и физическое лицо, оформленное в качестве индивидуального предпринимателя. Экспедитором может быть как самостоятельная коммерческая организация, так и сам перевозчик груза (специальное структурное подразделение транспортной организации). Например, при морских перевозках экспедиторами в соответствии со ст. 62 КТМ выступают морские торговые порты. При автомобильных перевозках чаще всего экспедитором является сам перевозчик.

В качестве клиента могут выступать как юридические, так и физические лица. Как правило, клиентами являются грузоотправитель или грузополучатель, поскольку именно они прежде всего заинтересованы в освобождении от забот, связанных с передачей (включая оформление соответствующих документов) груза перевозчику и получением груза у перевозчика.

Согласно ст. 802 ГК договор транспортной экспедиции заключается в **простой письменной форме.** Поскольку никаких специальных требований к форме законодатель не предъявляет, то договор может быть оформлен единым документом за подписью обеих сторон, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору (ст. 434 ГК). Несоблюдение письменной формы не ведет к недействительности договора, однако лишает стороны в случае спора ссылаться на свидетельские показания.

Условия договора могут быть определены экспедитором в виде формуляров или иных стандартных форм, в этих случаях действуют положения о договоре присоединения (ст. 428 ГК).

**Срок действия** договора определяется в зависимости от того, являются экспедиционные услуги разовыми либо осуществляются в течение длительного срока. В последнем случае, кроме общего срока, на который заключается договор, определяются промежуточные сроки, которые находятся в тесной связи и производны от процессов перевозки грузов и соответствующих договоров организации перевозки грузов.

**3. Экспедитор обязан** надлежащим образом в надлежащие сроки осуществить все перечисленные в договоре операции и услуги, связанные с перевозкой груза. При этом он вправе получить от клиента необходимые документы, относящиеся к грузу и информацию о свойствах груза, особых условиях его перевозки и иную, имеющую значение для выполнения экспедитором своих обязанностей.

Этому праву экспедитора корреспондирует соответствующая **обязанность клиента** (ст. 804 ГК). В случае неполучения документов и информации экспедитор имеет право - не приступать к исполнению своих обязанностей до получения вышеупомянутой информации и документов. Нарушением клиентом обязанностей предоставить необходимую информацию экспедитору считается не только непредоставление информации или предоставление ее с опозданием, но и предоставление неполной или неправильной информации. Во всех этих случаях клиент обязан возместить убытки экспедитора, размер которых должен быть доказан последним.

Если из договора транспортной экспедиции не следует, что экспедитор должен исполнить свои обязанности лично, то он вправе привлечь к исполнению третьих лиц. Однако при этом он считается ответственным перед клиентом за исполнение договора (ст. 805 ГК). В случаях, когда экспедитор действует от имени клиента, последний обязан выдать ему доверенность на осуществление экспедиторской деятельности, указанной в договоре.

Клиент обязан оплатить услуги экспедитора в порядке и сроки, определенные договором.

Как экспедитор, так и клиент имеют право в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора, предупредив об этом другую сторону в разумный срок. Основания отказа могут быть самыми разными и оценке не подлежат, но сторона, заявившая об отказе от договора, обязана возместить другой стороне убытки, последовавшие в результате расторжения договора (ст. 806 ГК).

При неисполнении или ненадлежащем исполнении договора ответственность сторон наступает по общим правилам (ст. 393–406 ГК) и состоит в обязанности возместить полностью причиненные убытки. В отдельных случаях размер возмещаемых убытков может быть ограничен законодательством или договором. Так, если нарушение договора транспортной экспедиции со стороны экспедитора является последствием ненадлежащего исполнения договора перевозки, то ответственность экспедитора перед клиентом определяется по правилам ответственности перевозчика (например, в случае нарушения срока доставки груза перевозчиком законом, как правило, предусмотрена только уплата неустойки, но не возмещение убытков). Бремя доказывания факта нарушения договора экспедиции по причине ненадлежащего исполнения договоров перевозки лежит на экспедиторе (ч. 2 ст. 803 ГК).

## ТЕМА: ЗАЕМНО-КРЕДИТНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

1. **Понятие займа.**
2. **Понятие кредита.**
3. **Товарный и коммерческий кредит.**

Кредитные отношения понимаются в двух различных значениях. Обычно под кредитом понимают доверие (credo), которым пользуется лицо, взявшее на себя обязательство будущего платежа, со стороны лица, имеющего право на этот платеж, т.е. доверие, которое заимодавец оказывает должнику.

Под кредитными правоотношениями в широком смысле следует понимать все правовые отношения, возникающие при предоставлении (передаче, использовании и возврате) денежных средств или других вещей, определяемых родовыми признаками, на условиях возврата.

Кредитные отношения в узком смысле – отношения, охватываемые наиболее пригодной для этого формой договора займа, а также кредитного договора. Но надо учесть, что кредитные отношения не всегда складываются на основе договора займа в чистом виде. В разных областях жизни они могут включаться в качестве элементов в самые разнообразные договоры (например, купля-продажа в кредит).

В зависимости от субъектов кредитных правоотношений кредит может быть государственным и кредитом частных лиц. Особое место в системе кредитных правоотношений занимает иностранный кредит, т.е. кредит, предоставляемый государству или другим хозяйствующим субъектам иностранными государствами, иностранными юридическими и физическими лицами, а также международными организациями.

Государственный кредит предоставляется государством другому государству, а также местным и иностранным юридическим и физическим лицам. Кроме того, государство само может являться заемщиком. Отношения, складывающиеся в этом случае, регулируются законодательством о государственном долге.

Государственный кредит в Российской Федерации может предоставляться конкретному заемщику либо через банковскую систему, либо соответствующим органом исполнительной власти непосредственно.

В этом случае специально выделенные денежные средства передаются Центральному банку РФ, который продает их коммерческим банкам в качестве кредитных ресурсов, имеющих целевое назначение, а последние предоставляют кредит тем лицам, которым выделяются бюджетные средства. Часто государство обязывает банки предоставлять кредит под очень низкие проценты (льготное кредитование).

Если в качестве заемщика выступает само государство, то образуется государственный долг, который может быть как внутренним, так и внешним. Правовое регулирование внешнего долга осуществляется рядом нормативных актов, в том числе постановлением Совета Министров – Правительства РФ от 16 октября 1993 г. № 1060 «Об организации работы, связанной с привлечением и использованием иностранных кредитов». В соответствии с указанным нормативным актом к кредитам в иностранной валюте, формирующим внешний долг Российской Федерации, относятся кредиты, получаемые Правительством РФ или от имени Правительства РФ, а также под гарантию указанного органа, и погашаемые за счет централизованных валютных средств предприятий и организаций или государственного кредита.

Внутренний государственный долг формируется за счет кредита, полученного Правительством (Министерством финансовРФ) в Центральном банке РФ, или за счет продажи государственных ценных бумаг. Отношения, возникающие в результате продажи государством облигаций и иных ценных бумаг, регулируются ст. 817 ГК, в которой дается Определение договора государственного займа. По договору государственного займа заемщиком выступает Российская Федерация, субъект РФ, а заимодавцем – гражданин или юридическое лицо. Государственный заем является добровольным.

Помимо ГК кредитные отношения регулируются рядом других правовых актов, важнейшими и которых являются Закон «О банках и банковской деятельности» (в ред. Федерального закона от 3 февраля 1996 г.) и Закон «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России.)» (в ред. Федерального закона от 26 апреля 1995 г., с последующими изменениями).

Правовая форма регулирования кредитных отношений – кредитный договор, который, в свою очередь, является разновидностью договора займа.

По **договору займа** одна сторона (заимодавец) передает в собственность другой стороне (заемщику) деньги или другие вещи, определенные родовыми признаками, а заемщик обязуется возвратить займодавцу такую же сумму денег (сумму займа) или равное количество других полученных им вещей того же рода и качества (п. 1 ст. 807 ГК).

Договор займа считается заключенным с момента передачи денег или других вещей.

По правовой природе он относится к категории **реальных, односторонне-обязывающих** договоров.

Договор займа является, по общему правилу, **возмездным,** если иное не предусмотрено законом или договором. Если в договоре отсутствует условие о размере процентов, то в этом случае размер процентов определяется существующей в месте жительства заимодавца, а если заимодавцем является юридическое лицо, – в месте его нахождения ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день уплаты заемщиком суммы долга или его соответствующей части.

Однако в виде исключения договор может предполагаться безвозмездным, если иное не предусмотрено – договором, в двух случаях:

а) когда он заключен между гражданами на сумму не более 50-кратного установленного законом минимального размера оплаты труда и не связан с предпринимательской деятельностью хотя бы одного из этих граждан; б) когда предметом договора являются не деньги, а иные вещи, определяемые родовыми признаками (п. 3 ст. 809 ГК).

**Предметом договора займа** могут быть как деньги, так и иные движимые вещи, которые определяются родовыми, а не индивидуальными признаками (например, определенное договором количество зерна известного сорта или металла какой-либо марки). Следовательно, имущество, составляющее предмет займа, поступает в собственность заемщика и перестает быть объектом собственности заимодавца. Поэтому последний вправе претендовать на возврат ему лишь аналогичных по количеству вещей того же рода и качества, но не тех же самых вещей. Ведь заемщик использует эти вещи в своих целях, нередко смешивая их с собственными аналогичными вещами. Невозможность вернуть те же самые денежные купюры или вещи очевидна, ибо в ином случае исключается их использование заемщиком для собственных нужд. Поэтому различие собственного и заемного имущества (средств) возможно проводить лишь в учетных (бухгалтерских) целях, в частности, определяя размер (сумму, стоимость) чистых активов хозяйственного общества.

**Стороны договора –** заимодавец и заемщик. В качестве заимодавца и заемщика могут выступать любые субъекты гражданского права. Однако в качестве заемщика по договору государственного или муниципального займа может выступать либо Российская Федерация, либо субъект РФ, либо муниципальные образования.

В качестве заимодавцев могут выступать финансируемые собственником учреждения в отношении имущества, которое они приобрели на счет разрешенной предпринимательской деятельности и которым они могут распоряжаться самостоятельно (п. 2 ст. 298 ГК).

Что касается казенных предприятий, то они могут выступать в качестве заимодавца только с согласия собственника.

Договор займа между гражданами должен быть заключен в **письменной форме,** если его сумма превышает не менее чем в десять раз установленный законом минимальный размер оплаты труда, а в случае, когда заимодавцем является юридическое лицо, – независимо от суммы.

В подтверждение договора займа и его условий может быть представлена расписка заемщика или иной документ, удостоверяющий передачу ему заимодавцем определенной денежной суммы или определенного количества вещей.

Последствие несоблюдения письменной формы договора состоит в том, что стороны лишаются права ссылаться на свидетельские показания, однако вправе приводить письменные и другие доказательства (переписка, подтверждающая факт займа, документы о переводе займодавцем заемщику денежных средств и т.д.).

Договор займа может оформляться выдачей векселя, выпуск и обращение которого регулируется федеральным законом от 11 марта 1997 г. «О переводном и простом векселе».

Существуют **два вида векселя:** простой и переводной. В первом, который имеет также наименование «соло», участвуют две стороны: векселедатель и векселедержатель. В роли должника выступает векселедатель, принимающий на себя обязательство уплатить указанную в векселе сумму денег другой стороне – векселедержателю.

Переводной вексель (тратта) предусматривает наличие третьего лица, являющегося плательщиком. Векселедатель в данном случае предлагает плательщику (трассату) уплатить указанную в векселе сумму векселедержателю (ремитенту). Векселедатель как бы переводит свое обязательство на третье лицо – отсюда и название.

В случаях, предусмотренных законом или иными правовыми актами, договор займа может быть заключен путем выпуска и продажи облигаций.

**Облигацией** признается ценная бумага, удостоверяющая право ее держателя на получение от лица, выпустившего облигацию, в предусмотренный ею срок номинальной стоимости облигации или иного имущественного эквивалента. Облигация предоставляет ее держателю также право на получение фиксированного в ней процента от номинальной стоимости облигации либо иные имущественные права (ст. 816 ГК).

Облигации могут классифицироваться по различным основаниям. Так, различают именные и предъявительские облигации. По другому критерию они могут быть свободно обращающимися или с ограниченным кругом обращения. Отдельные виды облигаций предполагают право держателя на получение фиксированного процента от номинальной стоимости облигации (процентные облигации), а владельцу облигации целевых займов доход не выплачивается, но предоставляется право приобретения определенных товаров.

Порядок выпуска государственных ценных бумаг, в том числе и государственных облигаций, регулируется Законом РФ от 13 ноября 1992 г. «О государственном внутреннем долге Российской Федерации» и Федеральным законом от 29 июля 1998 г. «Об особенностях эмиссии и обращения государственных и муниципальных ценных бумаг». В качестве должника по обязательствам, вытекающим из государственных ценных бумаг, выступает государство, отвечающее всеми своими активами.

Эмитентом ценных бумаг РФ выступает федеральный орган исполнительной власти, являющийся юридическим лицом, к функциям которого решением Правительства РФ отнесено составление и (или) исполнение федерального бюджета. Эмитентами ценных бумаг субъекта РФ выступают органы исполнительной власти субъекта РФ, осуществляющие указанные функции в порядке, установленном законодательством субъекта РФ. Эмитентом ценных бумаг муниципального образования является исполнительный орган местного самоуправления, осуществляющий указанные функции в порядке, установленном законодательством РФ и уставом муниципального образования.

Юридические лица, как уже было отмечено, также выступают в качестве эмитентов облигаций. В основном в качестве таких эмитентов выступают акционерные общества. Порядок выпуска и обращения облигаций достаточно подробно регулируется Федеральным законом от 26 декабря 1995 г. «Об акционерных обществах».

Акционерное общество вправе выпускать облигации, обеспеченные залогом определенного имущества общества, либо облигации под обеспечение, предоставленное обществу для целей выпуска облигаций третьими лицами, и облигации без обеспечения. Выпуск облигаций без обеспечения - допускается не ранее третьего года существования общества и при условии надлежащего утверждения к этому времени двух годовых балансов общества.

Облигации могут быть именными или на предъявителя. При выпуске именных облигаций общество обязано вести реестр их владельцев. Утерянная именная облигация возобновляется обществом за разумную плату. Права владельца утерянной облигации на предъявителя восстанавливаются судом в порядке, установленном процессуальным законодательством.

Общество вправе обусловить возможность досрочного погашения облигаций по желанию их владельцев. При этом в решении о выпуске облигаций должны быть определены стоимость погашения и срок, не ранее которого они могут быть предъявлены к досрочному погашению.

Договор займа может предусматривать целевое использование заемных средств на определенные цели. В этом случае заемщик обязан обеспечить заимодавцу возможность контроля за целевым использованием суммы займа. Невыполнение указанных условий дает заимодавцу право потребовать досрочного расторжения договора и возврата суммы займа, и уплаты причитающихся процентов, если иное не предусмотрено договором (п. 2 ст. 814 ГК).

В случае невозвращения в установленный срок суммы займа заемщик, по общему правилу, обязан сверх указанной суммы и процентов за пользование денежными средствами уплатить заимодавцу проценты на сумму займа в размере ставки рефинансирования, установленной ЦБ РФ (ст. 8 НТК).

Возможны ситуации, когда заемщик утверждает, что деньги или другие вещи, определяемые родовыми признаками, не были им получены от заимодавца либо были получены в меньшем размере, чем указано в договоре или, другими словами, речь идет об оспаривании договора займа по безденежности. Указанное обстоятельство заемщик должен доказать, и если договор должен быть совершен в письменной форме, то в соответствии с общими положениями ссылка на свидетельские показания не допускается. Исключение составляют случаи, когда договор был заключен под влиянием обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения представителя заемщика с заимодавцем или стечения тяжелых обстоятельств.

Договор займа может быть прекращен досрочно как по инициативе заемщика, так и по инициативе заимодавца в случаях, установленных в законе или договоре.

Так, ГК устанавливает следующие случаи досрочного расторжения договора по требованию заимодавца:

* если договором предусмотрено возвращение займа по частям (в рассрочку) и при этом заемщик нарушает срок, установленный для возврата очередной части займа (п. 2 ст. 811 ГК);
* при невыполнении заемщиком предусмотренных договором займа обязанностей по обеспечению возврата суммы займа, а также при утрате обеспечения или ухудшения его условий по обстоятельствам, за которые заимодавец не отвечает (ст. 813 ГК);
* при невыполнении заемщиком условия договора займа о целевом назначении займа, а также при неисполнении заемщиком обязанности по обеспечению заимодавцу возможности контролировать использование заемных средств (п. 2 ст. 814 ГК);
* при реорганизации заемщика, - являющегося юридическим лицом.

По инициативе заемщика договор может быть прекращен путем досрочного исполнения обязательства, если такая возможность прямо предусмотрена в договоре. При отсутствии прямого запрета в договоре займа сумма беспроцентного займа может быть возвращена заемщиком досрочно (даже если в договоре нет положения, разрешающего делать это). Если же речь идет о процентном договоре займа, то сумма займа, предоставленная под проценты, может быть возвращена досрочно только с согласия заимодавца (п. 2 ст. 810).

Если же в договоре займа срок возврата не установлен или определен моментом востребования, сумма займа должна быть возвращена заемщиком в течение тридцати дней со дня предъявления заимодавцем требования об этом, если иное не предусмотрено договором.

**2. Понятие кредита**

Кредитный договор может рассматриваться в качестве важнейшей разновидности договора займа. Разграничение между двумя этими договорами имеет не только теоретическое, но и практическое значение. Иногда юридические лица, предоставившие взаймы денежную сумму другим юридическим лицам, обвинялись в нарушении законодательства о банковской деятельности, поскольку предоставляли кредит без лицензии, хотя, по существу, речь шла о заключении договора займа.

Различие между этими договорами заключается, прежде всего, в составе сторон: в кредитном договоре в качестве **кредитора** выступает банк или иная кредитная организация, имеющая лицензию. По договору займа кредитором (заимодавцем) может быть любой субъект гражданского права, в том числе физическое лицо.

В соответствии со ст. 807 ГК по договору займа заимодавец передает, заемщику деньги или иные вещи только в собственность. Кредит же могут получать и юридические лица, не являющиеся собственниками, а владеющие принадлежащим им имуществом на праве хозяйственного ведения или оперативного управления.

Предмет договора займа шире, чем предмет кредитного договора. В частности, заимодавец может передать заемщику в собственность не только деньги, но и вещи, определяемые родовыми признаками (например, определенное количество зерна, картофеля, бензина и т.п.). **Предметом** кредитного договора могут быть только денежные средства.

Значительную часть денежных средств, выдаваемых в качестве кредита, составляют не собственные средства банков, а привлеченные средства, т.е. средства физических и юридических лиц, вложивших деньги в этот банк. Передать имущество в собственность другому лицу, как правило, может только сам собственник, поэтому кредитный договор и не предполагает передачу денежных средств в собственность заемщика.

В законе особо отмечается важность соблюдения установленной формы при заключении кредитного договора. В соответствии со ст. 820 ГК этот договор должен быть заключен в **письменной форме.** Несоблюдение письменной формы делает кредитный договор ничтожным. В отличие от этого при заключении договора займа между гражданами на сумму меньше, чем десять минимальных заработных плат, допускается устная форма.

В большинстве случаев кредитный договор заключается путем подписания сторонами единого документа. Однако допустимо его заключение путем подачи заемщиком в банк заявления с приложением необходимых документов.

Обязанность кредитора по предоставлению денежных средств считается выполненной после зачисления соответствующей суммы на расчетный счет клиента, на любой другой его счет, в том числе специальный ссудный счет. Банк может также выдать сумму кредита наличными, оплатить вексель заемщика и т.д.

Кредитор вправе отказаться от предоставления заемщику кредита полностью или частично при наличии обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что предоставленная заемщику сумма не будет возвращена в срок (п. 1 ст. 821 ГК). Примером таких обстоятельств может служить информация о предъявлении третьим лицом иска заемщику на крупную сумму.

В то же время заемщик имеет право отказаться от получения всего или части кредита без объяснения причин. Он обязан уведомить об этом кредитора до установленного договором срока его предоставления, если иное не предусмотрено законом, иными правовыми актами или кредитным договором (п. 2 ст. 821 ГК).

**3. Товарный и коммерческий кредит**

Сторонами может быть заключен договор, предусматривающий обязанность одной стороны предоставить другой стороне вещи, определенные родовыми признаками (договор товарного кредита) (ст. 822 ГК).

Договор товарного кредита, как и кредитный договор, является **консенсуальным,** однако имеет ряд отличий от кредитного договора.

Так, **сторонами** договора товарного кредита могут быть любые субъекты гражданского права (на практике в их качестве выступают предприниматели, связанные с производством и потреблением определенного вида сырья и материалов), тогда как сфера применения кредитного договора ограничена банками и другими кредитными учреждениями.

Кроме того, **предметом** договора товарного кредита являются иные, чем деньги, вещи, определяемые родовыми признаками (сырье, сельскохозяйственная продукция и т.д.).

Особенностью договора товарного кредита является то, что на него распространяются правила, регулирующие договор купли-продажи, если иное не предусмотрено договором товарного кредита (ст. 822 ГК).

Договорами, исполнение которых связано с передачей в собственность другой стороне денежных сумм или других вещей, определяемых родовыми признаками, может предусматриваться предоставление кредита, в том числе в виде аванса, предварительной оплаты, отсрочки или рассрочки оплаты товаров, работ или услуг (коммерческий кредит), если иное не установлено законом.

Как следует из приведенного определения, коммерческое кредитование производится не по самостоятельному договору, а во исполнение условий ряда возмездных договоров, когда поставляются товары, оказываются услуги ранее их оплаты либо платеж производится ранее передачи товара (выполнение работ, оказание услуг).

Таким образом, не только отсрочка или рассрочка оплаты переданного имущества, но и выплата аванса или предварительная оплата могут рассматриваться в качестве коммерческого кредита.

В соответствии с п. 2 ст. 823 ГК к условию о коммерческом кредите, содержащемся в любом договоре, применяются правила о займе или кредите, если только иное прямо не предусмотрено в содержании договора и не противоречит существу возникающего на его основе обязательства.

**ТЕМА 30. ФИНАНСИРОВАНИЕ ПОД УСТУПКУ ДЕНЕЖНОГО ТРЕБОВАНИЯ**

1. **Понятие договора** **финансирования под уступку денежного требования.**
2. **Стороны договора. Предмет договора.**
3. **Права и обязанности сторон**

По договору финансирования под уступку денежного требования (договору факторинга) одна сторона (финансовый агент) передает или обязуется передать другой стороне (клиенту) денежные средства в счет денежного требования клиента (кредитора) к третьему лицу (должнику), вытекающего из предоставления клиентом товаров, выполнения им работ или оказания услуг третьему лицу, а клиент уступает или обязуется уступить финансовому агенту это денежное требование (п. 1 ст. 824 ГК).

Из определения, данного в ГК, видно, что договор факторинга может быть как **реальным,** так и **консенсуальным.** На практике все же он более тяготеет к консенсуальным договорам. Договор является **взаимным,** так как обе стороны несут обязанности в отношении друг друга и обладают корреспондирующими им правами. Договор, безусловно, **возмездный,** ибо направлен на получение встречного предоставления контрагента.

Финансирование под уступку денежного требования является новым институтом для российского гражданского права. Странам с развитой рыночной экономикой он известен с прошлого века и широко применяется в международных экономических отношениях. 28 мая 1988г. в Оттаве была принята Конвенция ООН «О международном факторинге». В настоящее время Россия не является участницей этой Конвенции, но при разработке гл. 43 ГК РФ положения Конвенции были широко использованы.

Значение финансирования под уступку денежного требования состоит в том, что клиент, не дожидаясь, пока наступит срок платежа его должника или пока должник сможет реально уплатить долг, получает эти денежные средства от финансового агента. Тем самым клиенту предоставляется возможность направить полученные денежные средства на цели своей деятельности, выигрывая во времени, что, в свою очередь, ведет к повышению рентабельности предпринимательской деятельности, наиболее эффективному использованию капитала. Заинтересованность финансового агента в данном договоре проявляется в том, что он, имея свободные средства, финансирует клиента, получая за это вознаграждение.

«Денежное требование к должнику может быть уступлено клиентом финансовому агенту также в целях обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом» (п. 1 ст. 824 ГК). Уступка денежного требования может, к примеру, обеспечивать возврат долга по кредитному договору, по которому кредитором является финансовый агент, должником – клиент.

Если отношения сторон не сводятся к однократной уступке требования взамен предоставления денежных средств, а носят длящийся характер, финансовый агент зачастую предоставляет клиенту дополнительные финансовые услуги, связанные с денежными требованиями, являющимися предметом уступки, например бухгалтерская обработка счетов (п. 2 ст. 824 ГК). В зарубежной практике комплекс дополнительных финансовых услуг очень широк. Он включает в себя: предоставление информации о финансовом положении возможных контрагентов, их платежеспособности, сообщение маркетинговой информации о состоянии спроса на рынке, проведение рекламных и транспортных операций, подыскание агентов, ведение судебных дел и т.д. Таким образом, финансовый агент (фактор) становится советником предпринимателя по производству и торговле, а также фирмой, комплексно выполняющей ряд работ по реализации товаров, работ и услуг.

Договор финансирования под уступку денежного требования можно назвать **комплексным** (п. 3 ст. 421 ГК), так как он сочетает в себе элементы кредитного договора и цессии. Кредитом в договоре факторинга называют денежные средства, предоставленные финансовым агентом. Уступка денежного требования в этом случае рассматривается как специфический способ возврата кредита. Характер кредитных отношении носит и само уступаемое требование, так как связано с отсрочкой или рассрочкой платежа, предоставленной клиентом своему должнику (ст. 823 ГК). Не случайно поэтому расположение в ГК норм о данном договоре после главы о займе и кредите.

Как нормы общей части применяются к отношениям, урегулированным особенной частью (без особой на то ссылки и если иное не предусмотрено специальными нормами), так гл. 24 ГК о перемене лиц в обязательстве применяется к отношениям, урегулированным гл. 43 ГК.

В литературе договор факторинга определяется иногда как договор купли-продажи. «Финансирование под уступку денежного требования в самом общем виде заключается в покупке банком (иной кредитной или специализированной организацией) платежных требований поставщика (исполнителя работ) за отгруженную продукцию (оказанные услуги)». По ряду признаков уступку денежного требования взамен финансирования можно рассматривать как продажу имущественного права в смысле п. 4 ст. 454 ГК, денежное требование в этой трактовке займет место товара. Но данный договор столь специфичен, что нормы гл. 30 ГК не могут применяться для его регулирования.

В п. 1 ст. 831 ГК употребляется термин «покупка» для отграничения уступки денежного требования как встречного предоставления по возмездному договору от уступки денежного требования как способа обеспечения обязательства.

Согласно п. 2 ст. 779 ГК на отношения по финансированию под уступку денежного требования могут при необходимости распространяться нормы гл. 39 ГК о возмездном оказании услуг. При этом финансовый агент является исполнителем (услугодателем), клиент – заказчиком (услугополучателем). Кроме услуги в виде предоставления кредита финансовый агент может оказывать многочисленные дополнительные финансовые услуги (п. 2 ст. 824 ГК).

**2. Сторонами договора** финансирования под уступку денежного требования являются финансовый агент и клиент. Согласно ст. 825 ГК в качестве финансового агента договоры могут заключать банки и иные кредитные организации, а также коммерческие организации, имеющие разрешение (лицензию) на деятельность такого вида. Банки и иные кредитные организации не должны получать лицензии на проведение факторинговых операций. Они проводят эти операции при наличии лицензии на осуществление банковской деятельности. Согласно ст. 5 Закона «О банках и банковской деятельности» (в ред. Федерального закона от 3 февраля 1996 г.) среди сделок, которые могут осуществлять кредитные организации, есть и приобретение права требования от третьих лиц исполнения обязательств в денежной форме.

В отношении клиента в законе нет никаких указаний, значит, им может быть любое лицо, но в большинстве случаев клиентами являются предприниматели. Должник клиента не является стороной договора, но его фигура важна, так как от деловой репутации должника зависит, примет ли финансовый агент (фактор) требование к нему по договору факторинга.

Структура договорных связей построена по схеме договора комиссии. При заключении договора возникают две группы правовых отношений: основные (внутренние) и производные (внешние). Внутренние обязательства возникают между сторонами договора: финансовым агентом и клиентом. Внешние правоотношения складываются между финансовым агентом и третьим лицом. Эти отношения не входят в предмет договора факторинга, но непосредственно связаны с ним.

 **Предмет** является существенным условием любого договора (ст. 432 ГК). Однако в зависимости от вида договора к его предмету предъявляются различные требования, при соблюдении которых условие о предмете считается согласованным. Предметом договора финансирования под уступку денежного требования является само уступаемое требование. Согласно п. 1 ст. 826 ГК денежное требование, являющееся предметом уступки, должно быть определено в договоре клиента с финансовым агентом таким образом, который позволяет идентифицировать существующее требование в момент заключения договора, а будущее требование – не позднее, чем в момент его возникновения. Чтобы идентифицировать денежное требование, необходимо знать лицо, обязанное по требованию, основание возникновения требования, сумму и срок платежа. Все эти условия существенны для данного вида договора.

Предметом уступки, под которую предоставляется финансирование, может быть как денежное требование, срок платежа по которому уже наступил (существующее требование), так и право на получение денежных средств, которое возникнет в будущем (будущее требование). Более ценно существующее требование. Будущее требование может иметь место, когда клиент еще не поставил товары своему должнику, не выполнил для него работы, не оказал услуги или когда клиент еще не заключил, но намеревается заключить договор с предполагаемым должником.

По договору факторинга клиент передает фактору, как правило, не одно, а несколько требований. Это могут быть все требования к одному должнику, либо все требования, связанные с поставкой товаров, выполнением работ, оказанием услуг определенного вида, либо это, вообще, все требования клиента. В последнем случае фактор-компания берет на себя ведение всей финансовой документации, связанной с дебиторской задолженностью клиента, лишая его возможности обратиться к другому финансовому агенту. Фактор становится монопольным посредником в проведении расчетных операций. Но при этом ему предоставляется право подходить избирательно к предлагаемым требованиям и не принимать по договору факторинга некоторые требования, должники по которым недостаточно платежеспособны, или по иным причинам. Отказ принять требование после заключения договора будет свидетельствовать об одностороннем отказе от исполнения договора, который согласно п. 2 ст. 782 ГК возможен с полным возмещением клиенту убытков.

Само название договора говорит о том, что уступаемое требование должно быть денежным. В случае уступки иного имущественного требования следует руководствоваться нормами гл. 24 ГК о цессии.

Если уступка денежного требования используется в качестве способа обеспечения исполнения обязательства клиента перед финансовым агентом, денежное требование переходит к финансовому агенту лишь в случае неисполнения обязательства, обеспеченного данным требованием.

Под **ценой** договора понимают стоимость уступаемого требования клиента к должнику. Такое определение приемлемо, если договор финансирования под уступку денежного требования рассматривать как продажу имущественного права. Именно в этом контексте употребляется термин «цена» в п. 1 ст. 831 ГК. Если договор факторинга рассматривать в смысле гл. 39 ГК, ценой договора будет вознаграждение (иначе его называют факторинговой комиссией), уплачиваемое клиентом своему финансовому агенту.

Факторинговая комиссия может быть как единой, так и поделена по частям в зависимости от разного рода услуг, предоставляемых фактором. Это вознаграждение за действия по взысканию долга, за кредитование (финансирование) клиента, за иные финансовые услуги. Размер вознаграждения зависит от ряда обстоятельств: срока коммерческого кредита, предоставляемого клиентом своему должнику (чем больше срок, тем выше риск неплатежа, который лежит на факторе), деловой репутации клиента и должника, общего количества должников (чем больше должников, тем меньше общий риск неплатежа). Вознаграждение устанавливается в процентах к сумме финансирования либо к сумме уступленных долгов.

**Форма** договора финансирования под уступку денежного требования регулируется ст. 389 ГК, которая устанавливает полное соответствие формы уступки денежного требования форме договора, из которого данное требование возникло.

**Срок** не назван в законе в качестве существенного условия договора финансирования под уступку денежного требования. Однако определение взаимоотношений сторон в этих договорах невозможно без установления сроков исполнения их обязанностей по договору. Эти **сроки** определяются соглашением сторон. Но вряд ли «срок исполнения договора может быть приурочен к моменту исполнения должником уступленного требования». Эта позиция сводит на нет смысл рассматриваемого договора, ибо факторинг как раз и направлен на получение клиентом денежных средств от фактора гораздо раньше, чем он мог бы получить эти деньги от своего должника. Иначе зачем клиенту обращаться к фактору, теряя на факторинговой комиссии.

**3. Основной обязанностью** финансового агента является предоставление клиенту денежных средств. Отношения по договору финансирования под уступку денежного требования наиболее выгодны, если носят длящийся характер, тогда между клиентом и финансовым агентом устанавливаются отношения на основе делового расчета и доверия. Выплаты клиенту в этих случаях имеют систематический характер, и он может рассчитывать на них при планировании своей деятельности.

В момент заключения договора или в близкий к нему срок финансовый агент уплачивает от 70 до 90% обусловленной суммы. Неполная оплата объясняется риском неплатежа со стороны должника, который, если иное не предусмотрено договором, лежит на финансовом агенте. Оплата как 100%, так и менее 70% обусловленной суммы не противоречит закону, но становится невыгодной в первом случае финансовому агенту, во втором – клиенту.

Основной **обязанностью клиента** является уступка денежного требования, в результате которой происходит перемена лиц в обязательстве, место кредитора (клиента) занимает финансовый агент.

Одновременно с уступкой права требования клиент обязан передать финансовому агенту документы, удостоверяющие право требования, и сообщить сведения, имеющие значение для осуществления требования (п. 2 ст. 385 ГК). Среди документов, которые клиент передает финансовому агенту, безусловно, должны быть договор клиента со своим должником, из которого вытекает уступаемое требование; документы, подтверждающие исполнение клиентом своей обязанности перед должником, если клиент ссылается на этот факт (отгрузочные разнарядки, счета-фактуры, акты приемки товаров по количеству и качеству) и т.д. Клиент также должен сообщить финансовому агенту известные ему факты, ставящие под сомнение исполнение должником своей обязанности.

Согласно ст. 384 ГК к финансовому агенту вместе с уступаемым требованием переходят права, обеспечивающие исполнение требования.

Уступаемое денежное требование должно быть действительным. Это означает, что клиент обладает правом на передачу денежного требования ив момент уступки этого требования ему неизвестны обстоятельства, вследствие которых должник вправе его не исполнять (п. 2 ст. 827 ГК). Клиент может не обладать правом на уступку требования, если договор, из которого вытекает требование, признан недействительным, либо заявлено требование о признании договора недействительным, либо клиенту известны факты, приводящие к этому правовому результату.

Должник вправе не исполнять требование финансовому агенту, если клиент исполнил свою обязанность перед должником ненадлежащим образом, и клиент осведомлен о ненадлежащем исполнении своего обязательства (что имеет место в большинстве случаев), уступка требования по этому обязательству будет недействительна.

При общегражданской цессии согласия должника не требуется, если иное не предусмотрено законом или договором (п. 2 ст. 382 ГК). В отличие от этой нормы по договору финансирования под уступку денежного требования согласие должника без всяких исключений не имеет правового значения. Даже если между клиентом и его должником существует соглашение о запрете уступки права требования или ее ограничении, уступка финансовому агенту денежного требования действительна (п. 1 ст. 828 ГК). Это соглашение имеет правовое значение в отношениях клиента с должником, но не в отношениях клиента с финансовым агентом.

По общему правилу, последующая уступка требования финансовым агентом не допускается (ст. 829 ГК), если иное не предусмотрено договором финансирования под уступку денежного требования. При последующей уступке требования финансовый агент становится в положение клиента, клиент – в положение должника.

Кроме уступки требования клиент обязан оплатить услугу фактора. Эта обязанность предусмотрена ст. 781 ГК.

Исполнение денежного требования регулируется ст. 830 ГК. Так как в результате уступки требования место кредитора в обязательстве занял финансовый агент, должник обязан произвести платеж финансовому агенту. В свою очередь, клиент или финансовый агент обязаны письменно уведомить должника о состоявшейся уступке требования. В этом уведомлении должно быть определено подлежащее исполнению денежное требование, а также указан финансовый агент, которому должен быть произведен платеж. Если клиент или финансовый агент не выполнят этой обязанности, должник вправе произвести платеж клиенту во исполнение своего обязательства перед последним. Такие же последствия наступают, если по просьбе должника финансовый агент не представит доказательства того, что уступка требования действительно имела место. Статья 830 ГК конкретизирует применительно к договору финансирования под уступку денежного требования нормы, содержащиеся в п. 3 ст. 382 и в п. 1 ст. 385 ГК.

Исполнение денежного требования должником финансовому агенту освобождает должника от соответствующего обязательства перед клиентом.

Односторонний отказ от исполнения договора регулируется ст. 782 ГК.

Статьи 386 и 832 ГК дают должнику право предъявить встречное требование новому кредитору (финансовому агенту), которое он имел против первоначального кредитора к моменту получения уведомления о переходе прав по обязательству. Но если ст. 386 ГК говорит о любых возражениях, ст. 832 сужает круг встречных требований и дает должнику по договору финансирования под уступку денежного требования лишь право предъявлять к зачету свои денежные требования.

Клиент отвечает перед финансовым агентом за недействительность требования, но не отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение должником требования, являющегося предметом уступки (ст. 827 ГК). Так, если клиент поставил своему должнику некачественный товар, требование по оплате такого товара будет недействительным, и в случае его уступки клиент будет нести ответственность перед финансовым агентом за неисполнение этого требования. Если уступлено действительное требование, но должник оказался неплатежеспособным, клиент не отвечает за неисполнение данного требования.

Нормы об ответственности клиента являются диспозитивными и могут быть изменены соглашением сторон. Договором финансирования под уступку денежного требования может быть предусмотрено, что клиент принимает на себя поручительство за должника перед финансовым агентом (ст. 390 ГК).

Перед должником клиент несет ответственность за нарушение соглашения о запрете уступки права требования (п. 2 ст. 828 ГК). Клиент также несет ответственность перед должником в случае, когда должник исполнил денежное требование финансовому агенту, а клиент не исполнил своего обязательства перед должником (п. 1 ст. 833 ГК). Эта ответственность вытекает из договора клиента с должником.

Во всех случаях ответственности клиента перед финансовым агентом либо перед должником клиент возмещает причиненные убытки (ст. 15 ГК) и неустойку, если она предусмотрена договором.

Пункт 2 ст. 833 ГК устанавливает правило, согласно которому финансовый агент обязан возвратить должнику денежные средства, полученные во исполнение денежного требования, если финансовый агент не исполнил свое обязательство осуществить клиенту обещанный платеж, либо произвел такой платеж, зная о нарушении клиентом обязательства перед должником. Эту норму нельзя назвать мерой ответственности, так как финансовый агент не несет здесь дополнительных расходов, не предусмотренных договором.

**ТЕМА: БАНКОВСКИЙ ВКЛАД И БАНКОВСКИЙ СЧЕТ**

**1. Правовая природа договора банковского вклада.**

**2. Стороны договора банковского вклада.**

**3. Форма договора банковского вклада.**

**4. Содержание договора и виды банковских вкладов.**

**5. Банковский счет.**

**1. Правовая природа договора банковского вклада**

По договору банковского вклада (депозита) одна сторона (банк), принявшая поступившую от другой стороны (вкладчика) или поступившую для нее денежную сумму (вклад), обязуется возвратить сумму вклада и выплатить проценты на нее на условиях и в порядке, предусмотренных договором (ст. 834 ГК РФ).

Правовая природа договора банковского вклада вызывает много споров. Некоторые юристы считают, что этот договор следует считать разновидностью договора займа (ст. 807 ГК), в котором заимодавцем является вкладчик, а заемщиком – банк. При этом в качестве вкладчиков могут выступать субъекты гражданского права.

Представляется, что для такого вывода вряд ли есть достаточные основания, поскольку по договору займа одна сторона передает другой деньги в собственность. В договоре же банковского вклада переданные банку деньги всегда остаются собственностью клиента, который сохраняет за собой полномочия распоряжения. Для банка эти деньги образуют режим привлеченных средств, которые он (банк) обязан по первому требованию вернуть клиенту.

Кроме того, нужно иметь в виду классификацию договоров, закрепленную во внутренней структуре второй части ГК. Договоры, правовой целью которых является передача имущества в собственность, сосредоточены в гл. 30–33 ГК. Договор же банковского вклада находится в кругу договоров, направленных на оказание услуг, что в общих чертах должно предрешать вопрос о его правовой природе.

В связи с тем, что одной стороной рассматриваемого договора является вкладчик, действующий как потребитель, в юридической литературе обсуждался вопрос о возможности распространения на данный договор действия Закона «О защите прав потребителя».

В настоящее время судебная практика рассматривает отношения гражданина-вкладчика и банка как отношения между потребителем и исполнителем услуг. Такая практика приобрела устойчивый характер лишь после принятия Пленумом Верховного Суда РФ постановления № 7 от 29 апреля 1994 г. (в ред. от 25 апреля 1995 г.) «О практике рассмотрения судами дел о защите прав потребителей», в п. 2 которого среди отношений, регулируемых Законом «О защите прав потребителей», были названы отношения, вытекающие из договоров на оказание финансовых услуг. Хотя договор банковского вклада при этом не был прямо упомянут, суды без особых сомнений стали относить его к таким договорам. Эта позиция получила законодательное подтверждение после введения в действие части второй ГК РФ, где в ст. 779 к действиям во исполнение договора банковского вклада законодатель прямо применил термин «услуги».

Другим нормативным подтверждением названной квалификации договора банковского вклада является приказ Государственного антимонопольного комитета РФ от 20 мая 1998 г. № 160. Этим актом утверждены Разъяснения «О некоторых вопросах, связанных с применением Закона Российской Федерации «О защите прав потребителей» в редакции Федерального закона от 9 января 1996 г. № 2-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О защите прав потребителей» и Кодекс РСФСР об административных правонарушениях».

Названный орган исполнительной власти, оценивая правовую природу гражданско-правовых договоров, из которых могут возникать отношения, регулируемые законодательством о защите прав потребителей, указал на специальную их направленность как квалифицирующий признак, состоящую в удовлетворении личных (бытовых) нужд граждан, не связанных с извлечением прибыли.

Признав, далее, договор банковского вклада относящимся к сфере регулирования Законом «О защите прав потребителей», Государственный антимонопольный комитет РФ отметил, что отношения банка и его клиентов (вкладчиков) по внесению ими в банк денежных сумм (вкладов), их возврату и выплате процентов по ним, а также правовые последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств по данному договору регулируются также специальным законодательством. С учетом этого к отношениям, вытекающим из договора банковского вклада с участием гражданина, должны применяться общие правила Закона «О защите прав потребителей» о праве граждан на предоставление информации, о возмещении морального вреда, об альтернативной подсудности и освобождении от уплаты государственной пошлины.

Поскольку договор банковского вклада с гражданином является **публичным** (ст. 426 ГК), банк обязан принимать денежные средства во вклады от всех граждан, которые к нему обращаются. При этом нужно принимать во внимание ряд важнейших условий привлечения денежных средств во вклады, наличие или отсутствие которых существенно для публично-правовой природы данного договора.

Как справедливо отмечает Л.Г. Ефимова, норма о публичности действует при следующих условиях:

а) согласно учредительным документам и лицензии банк имеет право на осуществление сберегательных операций;

б) прием вклада не приведет к нарушению законодательства и обязательных экономических нормативов, установленных ЦБ РФ;

в) банк не приостановил дальнейший прием вкладов от населения по причинам экономического или иного характера;

г) у банка имеются необходимые производственные и технические возможности для приема вклада (свободные операционистки, вместительные операционные залы и т.п.);

д) отсутствуют другие причины, лишающие банк возможности принять вклад.

При наличии перечисленных обстоятельств и отказе банка принять вклад гражданин вправе обратиться в суд с иском о понуждении к заключению договора банковского вклада на условиях, которые предлагаются другим вкладчикам этого банка, а также взыскать убытки, вызванные уклонением банка от заключения договора.

При этом нуждается в уточнении вопрос о юридической технике формирования указанного перечня обстоятельств, освобождающих банк от обязанности заключить договор. Представляется, что он должен быть закрытым и определяться в специальном банковском законодательстве, поскольку сама возможность ограничивать прием вкладов представляет собой публично-правовой механизм.

Далее необходимо иметь в виду, что договор банковского вклада рассматривается как договор присоединения, имеющий публичный характер, поскольку его условия в соответствии с п. 1 ст. 428 ГК определяются банком в стандартных формах.

Эта правовая оценка закреплена в постановлении Конституционного Суда РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П. Граждане-вкладчики как сторона в договоре лишены возможности влиять на его содержание, что является ограничением свободы договора и как таковое требует соблюдения принципа соразмерности, в силу которой гражданин как экономически слабая сторона в этих правоотношениях нуждается в особой защите своих прав, что влечет необходимость в соответствующем правовом ограничении свободы договора и для другой стороны, т.е. для банков.

При этом возможность отказаться от заключения договора банковского вклада, внешне свидетельствующая о признании свободы договора, не может считаться достаточной для ее реального обеспечения гражданам, тем более когда не гарантировано должным образом право граждан на защиту от экономической деятельности банков, направленной на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, не предусмотрены механизмы рыночного контроля за кредитными организациями, включая предоставление потребителям информации об экономическом положении банка, и гражданин вынужден соглашаться на фактически диктуемые ему условия, в том числе на снижение банком в одностороннем порядке процентной ставки по вкладу.

Публичность договора банковского вклада в соответствии со ст. 426 ГК означает, что при заключении договора банк не вправе оказывать предпочтение одним вкладчикам перед другими. Однако это правило действует только для вкладов, привлекаемых на одних и тех же условиях. Следовательно, банк вправе дифференцировать свои процентные ставки в зависимости от вида вклада, срока действия договора, суммы вклада и условий их возврата.

 Прием вклада наряду с заключением договора сопровождается открытием депозитного счета. Поэтому к отношениям банка и вкладчика применяются нормы о договоре банковского счета, если иное не предусмотрено правилами гл. 44 ГК и не вытекает из существа договора банковского вклада. В соответствии с прямым указанием закона (ст. 834 ГК) юридические лица не вправе перечислять находящиеся во вкладах (депозитах) денежные средства другим лицам.

Договор банковского вклада как форму привлечения денежных средств необходимо отличать от иных правовых конструкций, позволяющих достигать тех же экономических целей. Так, на практике денежные средства нередко привлекаются путем продажи вкладчику различных ценных бумаг. Такие сделки не являются договорами банковского вклада. Их правовая природа должна оцениваться в зависимости от того, не являются ли они притворными и не ведут ли к нарушению законодательства или охраняемых законом прав приобретателей этих ценных бумаг.

**2. Стороны договора банковского вклада**

Право на привлечение денежных средств во вклады имеют банки, которые осуществляют данные банковские операции в соответствии с разрешением (лицензией), выданным в порядке, установленном в соответствии с законом. Согласно Закону «О банках и банковской деятельности» и принятой в его исполнение Инструкцией ЦБ РФ от 23 июля 1998 г. № 75-И «О порядке применения федеральных законов, регламентирующих процедуру регистрации кредитных организаций и лицензирования банковской деятельности» банк может получить лицензию на привлечение денежных средств во вклады в порядке расширения деятельности при соблюдении определенных условий.

К их числу относятся:

* финансовая устойчивость в течение последних 6 месяцев;
* выполнение установленных Банком России требований к размеру капитала';
* выполнение обязательных резервных требований Банка России;
* отсутствие задолженности перед федеральным бюджетом, бюджетом субъекта Российской Федерации, местным бюджетом и государственными внебюджетными фондами;
* наличие соответствующей организационной структуры, включающей службу внутреннего контроля;
* выполнение квалификационных требований Банка России к сотрудникам кредитной организации;
* соблюдение технических требований, включая требования к оборудованию, необходимому для осуществления банковских операций;
* осуществление банковской деятельности в течение срока не менее 2 лет с даты государственной регистрации.

ГК РФ допускает возможность заключения договоров банковского вклада не только банками, но и другими кредитными организациями. Но ст. 1 и 13 Закона «О банках и банковской деятельности» предусматривают, что для этого необходимо иметь соответствующую лицензию ЦБ РФ. Однако правила выдачи лицензии на привлечение вкладов как от физических, так и от юридических лиц таковы, что исключают выдачу такой лицензии небанковским кредитным организациям (банкам с ограниченным кругом операций). Таким образом, в настоящее время небанковские кредитные организации вообще не имеют возможности привлекать вклады.

Законодательство иногда предусматривает возможность замены стороны в договоре банковского вклада. Это может произойти по правилам уступки права требования или перевода долга. При этом представляется, что перевод долга на стороне банка может проводиться только в том случае, когда новый должник также является банком.

Кроме того, в сложных финансовых ситуациях могут быть предусмотрены иные меры замены лиц в договоре банковского вклада. Так, решение Совета директоров Центрального банка России от 1 сентября 1998 г. «О мерах по защите вкладов населения в банках» предусмотрело перевод банковских вкладов из некоторых банков в Сберегательный банк РФ. Однако Верховный Суд РФ признал это решение незаконным в связи с несоблюдением ряда требований формального характера (регистрации акта в Министерстве юстиции РФ). Это решение Верховного Суда РФ снижает регулятивный потенциал решения Банка России. Но представляется, что проблема в данном случае не только и не столько в соблюдении формальных требований.

Первое, на что необходимо обратить внимание, – круг и субъективный состав правоотношений. Совет директоров ЦБ РФ издал предписание, затрагивающее права и интересы на двух уровнях: правоотношения между банками и Банком России и правоотношения между коммерческими банками и их вкладчиками. Выделение этих двух видов правоотношений необходимо, так как их правовая природа совершенно разна: межбанковские правоотношения можно считать публичными и регулируемыми банковским законодательством, а отношения по договору банковского вклада являются частноправовыми и регулируемыми гражданским законодательством.

В плане взаимодействия с коммерческими банками Банк России сослался на ст. 75 Федерального закона о Центральном банке Российской Федерации (Банке России), которая дает ему право вводить запрет на осуществление кредитной организацией отдельных банковских операций, предусмотренных выданной лицензией, на срок до одного года (п. 4).

Казалось бы, все правильно. Есть только одна чисто юридическая проблема. Она состоит в том, что п. 4 ст. 75 упомянутого Закона находится во второй части указанной статьи, которая рассчитана на случай невыполнения в установленный Банком России срок предписаний об устранении нарушения, а также если эти нарушения или совершаемые кредитной организацией операции создали реальную угрозу интересам кредиторов (вкладчиков). Говоря другими словами, Банк России должен был установить определенные нарушения либо обосновать вредоносность осуществляемых операций и только после этого применять соответствующие санкции.

В решении Совета директоров ЦБ РФ никакой информации по этому поводу Нет. Это, разумеется, не означает, что нарушений не было, или что операции безопасны. Вполне возможно, что как раз наоборот, но юридически это не зафиксировано, и поэтому возникают сомнения в обоснованности применения именно к названным в решении банкам санкций. Если же в качестве такого обоснования рассматривать операции с ГКО-ОФЗ, то следовало представить вкладчикам информацию о том, что выделенный особо Сберегательный банк этих операций не совершал и убытков из-за государства-банкрота не потерпит, так как его активы – надежное и доходное размещение.

Обратимся теперь к правоотношениям между коммерческими банками и их вкладчиками. Следует иметь в виду, что к данным правоотношениям как гражданско-правовым применяются все нормы части первой ГК. ЦБ РФ потребовал, чтобы вместо названных и иных коммерческих банков стороной в договоре стал Сберегательный банк РФ. Для этой процедуры Банк России избрал термин «передача обязательств», который вызывает большие сомнения.

Гражданское законодательство знает институт перемены лиц в обязательстве в двух формах: переход прав кредитора к другому лицу (§ 1 гл. 24 ГК) и перевод долга (§ 2 гл. 24 ГК). Очевидно, Банк России должен был прибегнуть к какому-либо из указанных институтов.

По существу процедур происходящее, нужно рассматривать как перевод долга, поскольку в договоре банковского вклада гражданин является кредитором, а банк – должником. В соответствии со ст. 391 ГК перевод долга возможен лишь с согласия кредитора. Поэтому выстроенную в решении Совета директоров ЦБ процедуру следовало начинать не с соглашения между должниками (коммерческими банками и Сберегательным банком РФ), а с выявления согласия кредиторов на перевод долга.

Правда, дальнейший анализ решения Совета директоров заставляет задуматься еще раз о правовой форме процедуры. В п. 5.3 решения речь идет о расторжении договора банковского вклада и зачислении остатка денежных средств на новый счет по вкладу до востребования. Значит, речь идет не о переводе долга или передаче обязательств (в ред. Совета директоров ЦБ РФ), а о совершенно новых договорах, заключаемых и расторгаемых независимо друг от друга. Тогда непонятно, почему Банк России предлагает вкладчикам коммерческих банков только вклады до востребования Сберегательного банка РФ. Если руководствоваться свободой воли вкладчика, то свои деньги он может внести на тех условиях вклада, которые сочтет наиболее приемлемыми для себя.

Вклад передается «по основной сумме долга без процентов по состоянию на конец операционного дня 31 августа 1998 г. за вычетом встречных требований банка к физическому лицу», а если речь идет о вкладе в иностранной валюте, то он передается в денежной сумме в валюте РФ по курсу на 1 сентября 1998 г.

Для оценки этих условий целесообразно обратиться к тем статьям ГК РФ, которые непосредственно регулируют права и обязанности по договору банковского вклада. Статья 834 ГК указывает, что к отношениям банка и вкладчика по счету, на который внесен вклад, применяются правила о договоре банковского счета, а ст. 853 ГК предусматривает зачет встречных требований банка и клиента. При этом зачету подлежат как требования банка по оплате своих услуг, так и требования клиента банка об уплате процентов за пользование денежными средствами, если иное не предусмотрено договором банковского счета. Поэтому, если уж кризисное состояние банковской системы требует введения такой меры, то убытки или риски нужно делить пополам, не возлагая все неблагоприятные последствия предпринимательской деятельности наших банков на их клиентов.

Еще более интересная ситуация сложилась по поводу валютных вкладов. Как известно, денежное обязательство может быть выражено в иностранной валюте и уполномоченные коммерческие банки вправе привлекать денежные средства в иностранной валюте. Но на исполнение денежного обязательства распространяется ст. 317 ГК, которая предусматривает, что если по денежному обязательству, выраженному в иностранной валюте, выплата происходит в рублях, то сумма должна определяться на день платежа, если иной курс или иная дата его определения не установлены законом или соглашением сторон. Решение Совета директоров ЦБ РФ ни при каких условиях считать законом нельзя, остается только соглашение сторон. И здесь уже все зависит от воли вкладчика, а не должника. Правда, должник в итоге получается далеко не равным в правах с вкладчиком.

В случае принятия вклада от гражданина лицом, не имеющим на это права, или с нарушением порядка, установленного законом или принятыми в соответствии с ним банковскими правилами, вкладчик может потребовать немедленного возврата суммы вклада, а также уплаты на нее процентов, предусмотренных ст. 395 ГК, и возмещения сверх суммы процентов всех причиненных вкладчику убытков.

Если таким лицом приняты на условиях договора банковского вклада денежные средства юридического лица, такой договор недействителен (ст. 168).

В первом случае вкладчик вправе (но не обязан) потребовать немедленного досрочного возврата суммы вклада, а также уплаты процентов, предусмотренных ст. 395 ГК, и возмещения сверх суммы процентов всех причиненных ему убытков. Проценты, обусловленные договором, в этом случае не выплачиваются. Во втором случае депозитный договор, заключенный с лицом, не имеющим соответствующей лицензии, признается недействительным по ст. 168 ГК (ничтожная сделка) с применением последствий, предусмотренных п. 1 и 2 ст. 167 ГК. Лицо, принявшее депозит, обязано вернуть сумму вклада как неосновательно полученное имущество (ст. 1102 ГК), а также возместить вкладчику неполученные доходы (ст. 1107 ГК), в том числе проценты, установленные ст. 395 ГК.

Закон допускает внесение денежных средств на счета вкладчика третьими лицами (ст. 841 ГК). Если договором банковского вклада не предусмотрено иное, на счет по вкладу зачисляются денежные средства, поступившие в банк на имя вкладчика от третьих лиц с указанием необходимых данных о его счете по вкладу. При этом предполагается, что вкладчик выразил согласие на получение денежных средств от таких лиц, предоставив им необходимые данные о счете по вкладу.

Сделку, заключенную лицом, внесшим средства, и банком, следует рассматривать как договор в пользу третьего лица (ст. 430 ГК). Учитывая, что в ст. 841 ГК содержится презумпция согласия вкладчика на получение денег от лица, внесшего средства, последний не вправе без согласия вкладчика расторгать свой договор с банком.

Вклад может быть внесен в банк на имя определенного третьего лица. Если иное не предусмотрено договором банковского вклада, такое лицо приобретает права вкладчика с момента предъявления им к банку первого требования, основанного на этих правах, либо выражения им банку иным способом намерения воспользоваться такими правами.

Указание имени гражданина (ст. 19 ГК) или наименования юридического лица (ст. 54 ГК), в пользу которого вносится вклад, является существенным условием соответствующего договора банковского вклада. Договор банковского вклада в пользу третьего лица, в котором отсутствует имя (наименование) выгодоприобретателя, является ничтожным. Частным случаем рассматриваемой ситуации является смерть выгодоприобретателя-гражданина (или прекращение выгодоприобретателя-юридического лица) ранее заключения в их пользу договора банковского вклада.

До выражения третьим лицом намерения воспользоваться правами вкладчика лицо, заключившее договор банковского вклада, может воспользоваться правами вкладчика в отношении внесенных им на счет по вкладу денежных средств. Договор банковского вклада в пользу третьего лица может быть досрочно расторгнут или изменен по соглашению банка с лицом, внесшим средства, но лишь до того момента, пока выгодоприобретатель не пожелал воспользоваться правами вкладчика, обусловленными в его пользу. До указанного времени вкладчиком является вноситель средств, и он может в полном объеме распоряжаться суммой вклада.

Согласие выгодоприобретателя воспользоваться правами вкладчика считается выраженным в тот момент, когда он предъявил к банку первое требование, основанное на этих правах, либо иным образом выразил свое намерение. Это может быть требование о выдаче вклада или его части, внесение нового вклада на открытый в его пользу депозитный счет, оформление завещания на вклад, выдача доверенности на право распоряжения вкладом и т.п.

Сделку по внесению средств на имя другого лица, заключенную лицом, внесшим средства, с банком, следует рассматривать как договор в пользу третьего лица (ст. 430 ГК), особенности которого установлены ст. 842 ГК. В результате действий выгодоприобретателя, выражающих его намерение воспользоваться правами вкладчика, происходит перемена лиц в обязательстве: вместо вносителя средств вкладчиком становится третье лицо, в пользу которого вклад был внесен. Указанное изменение правоотношения не характерно для договора в пользу третьего лица в чистом виде (ст. 430 ГК).

**3. Форма договора банковского вклада**

Договор банковского вклада должен быть заключен в письменной форме. Письменная форма договора банковского вклада считается соблюденной, если внесение вклада удостоверено сберегательной книжкой, сберегательным или депозитным сертификатом либо иным выданным банком вкладчику документом, отвечающим требованиям, предусмотренным для таких документов законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота.

Договор может быть оформлен путем составления единого документа в двух экземплярах, один из которых выдается вкладчику (ст. 36 Федерального закона «О банках и банковской деятельности»), а также другими способами, перечисленными в ст. 434 ГК. Кроме того, договор банковского вклада может быть заключен путем выдачи вкладчику сберегательной книжки, сберегательного или депозитного сертификата либо иного документа, отвечающего требованиям законодательства, банковских правил и обычаев делового оборота.

Если соглашением сторон не предусмотрено иное, заключение договора банковского вклада с гражданином и внесение денежных средств на его счет по вкладу удостоверяются сберегательной книжкой (именной или на предъявителя).

В сберегательной книжке должны быть указаны и удостоверены банком наименование и место нахождения банка (ст. 54 ГК), а если вклад внесен в филиал, также место нахождения его соответствующего филиала, помер счета по вкладу, все суммы денежных средств, зачисленных на счет, все суммы денежных средств, списанных со счета, и остаток денежных средств на счете на момент предъявления сберегательной книжки в банк. Если не доказано иное состояние вклада, данные о вкладе, указанные в сберегательной книжке, являются основанием для расчетов по вкладу между банком и вкладчиком.

Выдача вклада, выплата процентов по нему и исполнение распоряжений вкладчика о перечислении денежных средств со счета по вкладу другим лицам осуществляются банком при предъявлении сберегательной книжки.

Именная сберегательная книжка служит письменным доказательством заключения договора банковского вклада с гражданином и внесения денежных средств на его счет. Она не является ценной бумагой и может существовать как наряду с договором банковского вклада, оформленным в виде единого документа, так и без него. Если же договор банковского вклада был совершен в виде единого документа, а сберегательная книжка по каким-либо причинам не была оформлена, внесение денег во вклад может быть удостоверено, например, квитанцией к приходному кассовому ордеру, подписанной кассиром банка.

Сберегательная книжка на предъявителя является ценной бумагой. Поэтому она имеет значение не только письменного доказательства заключения договора банковского вклада и внесения денежных средств на счет гражданина, но и правообразующее (конститутивное) значение. Отсутствие сберегательной книжки не может быть восполнено наличием договора банковского вклада в виде документа, подписанного вкладчиком и банком.

Для случаев, когда сберегательная книжка утрачена или повреждена, установлены специальные правила. Если сберегательная книжка является именной, банк не освобождается от своих договорных обязательств и по заявлению вкладчика должен выдать ему новую сберегательную книжку. Отсутствие у вкладчика сберегательной книжки на предъявителя освобождает банк от обязательств до восстановления вкладчиком своих прав по утраченной ценной бумаге. Если незаконный владелец сберкнижки известен вкладчику, он может предъявить к нему иск.

Сберегательный (депозитный) сертификат является ценной бумагой, удостоверяющей сумму вклада, внесенного в банк, и права вкладчика (держателя сертификата) на получение по истечении установленного срока суммы вклада и обусловленных в сертификате процентов в банке, выдавшем сертификат, или в любом филиале этого банка.

Сберегательные (депозитные) сертификаты могут быть предъявительскими или именными. Держателем сберегательного сертификата может быть только гражданин. Депозитный сертификат – ценная бумага, аналогичная сберегательному сертификату, однако его держателем может быть только юридическое лицо.

Правила по выпуску и обращению депозитных и сберегательных сертификатов сообщены письмом ЦБ РФ от 10 февраля 1992 г. № 14–3–20 «О депозитных и сберегательных сертификатах банков», а также Указанием ЦБ РФ от 31 августа 1998 г. № 333-У. В соответствии с этими документами сберегательный (депозитный) сертификат является ценной бумагой, удостоверяющей сумму вклада, внесенного в кредитную организацию, и права вкладчика (держателя сертификата) на получение по истечении установленного срока суммы вклада и обусловленных в сертификате процентов в кредитной организации, выдавшей сертификат, или в любом ее филиале.

Право выдачи сберегательного сертификата предоставляется банкам при следующих условиях:

* осуществление банковской деятельности не менее двух лет;
* публикация годовой отчетности (баланса и отчета о прибылях и убытках), подтвержденной аудиторской фирмой;
* соблюдение банковского законодательства и нормативных актов Банка России;
* выполнение обязательных экономических нормативов;
* наличие резервного фонда в размере не менее 15% фактически оплаченного уставного капитала;
* выполнение обязательных резервных требований.

Сертификаты могут выпускаться как в разовом порядке, так и сериями. Сертификаты могут быть именными или на предъявителя. Сертификат не может служить расчетным или платежным средством за проданные товары или оказанные услуги. Сертификаты выпускаются в валюте Российской Федерации. Выпуск сертификатов в иностранной валюте не допускается. Сертификаты должны быть срочными. Владельцами сертификатов могут быть резиденты и нерезиденты. Процентные ставки по сертификатам устанавливаются уполномоченным органом кредитной организации.

На бланке сертификата должны содержаться следующие обязательные реквизиты:

* наименование «депозитный» (или «сберегательный») сертификат;
* номер и серия сертификата;
* дата внесения вклада или депозита;
* размер вклада или депозита, оформленного сертификатом (прописью и цифрами);
* безусловное обязательство кредитной организации вернуть сумму, внесенную в депозит или на вклад, и выплатить причитающиеся проценты;
* дата востребования суммы по сертификату;
* ставка процента за пользование депозитом или вкладом;
* сумма причитающихся процентов (прописью и цифрами);
* ставка процента при досрочном предъявлении сертификата к оплате;
* наименование, местонахождение и корреспондентский счет кредитной организации, открытый в Банке России;
* для именного сертификата: наименование и местонахождение вкладчика-юридического лица и паспортные данные вкладчика-физического лица;
* подписи двух лиц, уполномоченных кредитной организацией на подписание такого рода обязательств, скрепленные печатью кредитной организации.

Проценты по первоначально установленной при выдаче сертификата ставке, причитающиеся владельцу по истечении срока обращения (когда владелец сертификата получает право востребования вклада или депозита по сертификату), выплачиваются кредитной организацией независимо от времени его покупки. В случае досрочного предъявления сберегательного (депозитного) сертификата к оплате кредитной организацией выплачиваются сумма вклада и проценты по вкладам до востребования, если условиями сертификата не установлен иной размер процентов.

Если срок получения вклада (депозита) по сертификату просрочен, то кредитная организация несет обязательство оплатить означенные в сертификате суммы вклада и процентов по первому требованию его владельца. За период с даты востребования сумм по сертификату до даты фактического предъявления сертификата к оплате проценты не выплачиваются.

Для передачи прав другому лицу, удостоверенных сертификатом на предъявителя, достаточно вручения сертификата этому лицу. Права, удостоверенные именным сертификатом, передаются в порядке, установленном для уступки требований (цессии). Уступка требования по именному сертификату оформляется на оборотной стороне такого сертификата или на дополнительных листах (приложениях) к именному сертификату двусторонним соглашением лица, уступающего свои права (цедента), и лица, приобретающего эти права (цессионария).

Соглашение об уступке требования по депозитному сертификату подписывается с каждой стороны двумя лицами, уполномоченными соответствующим юридическим лицом на совершение таких сделок, и скрепляется печатью юридического лица. Каждый договор об уступке нумеруется цедентом. Договор об уступке требования по сберегательному сертификату подписывается обеими сторонами лично. Условие непрерывности оформления цессии должно быть обязательным. Уступка требования по сертификату может быть совершена только в течение срока обращения сертификата.

При наступлении даты востребования вклада или депозита кредитная организация осуществляет платеж против предъявления сертификата и заявления владельца с указанием счета, на который должны быть зачислены средства. Средства от погашения депозитного сертификата могут направляться по заявлению владельца только на его корреспондентский, расчетный (текущий) счет. Для граждан платеж может производиться как путем перевода суммы на счет, так и наличными деньгами.

При несоблюдении письменной формы договор банковского вклада является ничтожным. Переданные средства подлежат возврату как неосновательно полученные (ст. 1102 ГК). Вкладчик вправе также потребовать возмещения неполученных им доходов (ст. 1107 ГК), в том числе начисления на сумму вклада процентов, предусмотренных ст. 395 ГК.

**4. Содержание договора и виды банковских вкладов**

1. Договор банковского вклада заключается на условиях выдачи вклада по первому требованию (вклад до востребования) либо на условиях срока возврата вклада по истечении определенного договором срока (срочный вклад). Договором может быть предусмотрено внесение вкладов на иных условиях их возврата, не противоречащих закону (ст. 837 ГК).

В зависимости от установленного договором порядка возврата вкладов (депозитов) вкладчику они подразделяются на вклады до востребования и срочные. Под срочными следует понимать любые вклады, по условиям которых вкладчик не может требовать возврата внесенных им средств ранее наступления определенного в договоре обстоятельства. Наиболее распространены срочные вклады на определенный период времени, в течение которого банк вправе пользоваться средствами вкладчика. Однако существуют и другие разновидности срочных вкладов.

Например, Инструкция Сбербанка РФ от 30 июня 1992 г. № 1-р «О порядке совершения учреждениями Сбербанка Российской Федерации операций по вкладам населения» говорит о целевых и условных вкладах. Целевые вклады могут быть внесены на 10 лет на имя лиц, не достигших 16-летнего возраста. Целевые вклады на детей выдаются вкладчику в 16 и более лет при условии хранения вклада не менее 10 лет. Условными считаются вклады, вносимые на имя другого лица, которое может распоряжаться вкладом лишь при соблюдении условий или при наступлении обстоятельств, указанных вносителем в момент открытия счета.

Разновидностью депозита до востребования являются средства, внесенные на расчетный (текущий) счет юридического лица в банке.

По договору банковского вклада любого вида банк обязан выдать сумму вклада или ее часть по первому требованию вкладчика, за исключением вкладов, внесенных юридическими лицами на иных условиях возврата, предусмотренных договором. Условие договора об отказе гражданина от права на получение вклада по первому требованию ничтожно.

В случаях, когда срочный либо другой вклад иной, чем вклад до востребования, возвращается вкладчику по его требованию до истечения срока либо до наступления иных обстоятельств, указанных в договоре банковского вклада, проценты по вкладу выплачиваются в размере, соответствующем размеру процентов, выплачиваемых банком по вкладам до востребования, если договором не предусмотрен иной размер процентов.

В случаях, когда вкладчик не требует возврата суммы срочного вклада по истечении срока либо суммы вклада, внесенного на иных условиях возврата, – по наступлении предусмотренных договором обстоятельств, договор считается продленным на условиях вклада до востребования, если иное не предусмотрено договором.

Закон предоставляет гражданину (как предпринимателю, так и потребителю), заключившему с банком договор о срочном вкладе, право требовать досрочного возврата всей суммы вклада или ее части. Эти действия вкладчика следует рассматривать как одностороннее изменение условий договора, возможность которого предусмотрена законом (ст. 310 ГК).

В результате договор о срочном вкладе становится договором о вкладе до востребования. Чтобы указанное правило не нарушалось, при оформлении отношений по вкладу с гражданином с помощью векселя необходимо, чтобы он был сроком «по предъявлении». В противном случае наступают последствия ч. 3 ст. 835 ГК. Вкладчик является экономически более слабой стороной правоотношения, и в законодательство впервые включена норма о повышенной защите его интересов: условие договора об отказе гражданина от права получить вклад по первому требованию ничтожно.

Право юридического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, на досрочный возврат депозита может быть предусмотрено договором (ст. 310 ГК). В противном случае досрочный возврат его вклада допускается лишь с согласия банка. Некоммерческая организация не имеет права требовать досрочного возврата вклада ни на основании договора (это прямо запрещено нормой ст. 310 ГК), ни на основании закона ввиду его отсутствия.

ГК РФ предусматривает последствия преобразования срочного вклада во вклад до востребования по инициативе вкладчика. В этом случае банк не связан первоначальными обязательствами по выплате процентов за пользование средствами вкладчика в течение всего срока действия договора. Он должен выплатить такому вкладчику проценты в меньшем размере, т.е. в том, который установлен банком для аналогичных вкладов до востребования, если иной размер процентов на этот случай специально не был предусмотрен в договоре. Проценты начисляются на весь период фактического пользования средствами вкладчика. Даже если он требует возврата части своего вклада, в течение оставшегося срока действия договора на невостребованную часть вклада проценты также начисляются в размере, установленном для вкладов до востребования.

Обязанность банка платить вкладчику проценты является существенным условием договора банковского вклада. Однако отсутствие этого условия в конкретном договоре не приводит к его недействительности. В данном случае банк обязан выплачивать проценты в размере существующей в месте жительства (месте нахождения) вкладчика ставки банковского процента (ставки рефинансирования) на день уплаты банком вкладчику суммы его вклада (п. 1 ст. 809 ГК).

На практике понятие «ставка рефинансирования» понимается как ставка рефинансирования ЦБ РФ. Однако она установлена лишь для кредитов ЦБ РФ в рублях. Поэтому для валютных обязательств она неприменима. В этом случае следует использовать процентную ставку банка-должника по принимаемым им валютным вкладам с аналогичными условиями.

По вкладам до востребования банк вправе в одностороннем порядке изменять (уменьшать или увеличивать) размер процентной ставки за пользование средствами вкладчика, если иное не предусмотрено договором.

Решение банка увеличить процентную ставку вступает в силу в порядке, им же установленном, и может не доводиться до сведения вкладчика. Решение уменьшить размер процентов, во-первых, должно быть сообщено вкладчику, во-вторых, может относиться лишь ко вкладам, внесенным до получения вкладчиком этого сообщения банка, и, в-третьих, вступает в силу только по истечении месяца с момента извещения вкладчика.

Иной порядок реализации решения банка уменьшить процентную ставку по вкладам до востребования может быть предусмотрен в договоре. Например, в нем может быть указано, что решение банка об одностороннем уменьшении процентной ставки вступает в силу немедленно, о чем вкладчик извещается во время посещения банка.

Об уменьшении процентной ставки вкладчик может уведомляться разными способами: под расписку, по почте заказным письмом с уведомлением о вручении и т.п. Способ уведомления вкладчика может быть согласован в договоре (например, по модему, факсу и т.п.).

Указанное условие договора вызвал много проблем как на уровне теории толкования данной нормы в корреспонденции со ст. 29 Закона «О банках и банковской деятельности», так и на уровне практики применения рассматриваемого механизма правового регулирования. Правило о преимущественном применении ст. 838 ГК было подтверждено Верховным Судом РФ в виде постановления Пленума по спорам со Сберегательным банком РФ. Но указанное судебное решение не решало проблемы в целом. Проблема же состояла в том, что ст. 838 ГК установила возможность уменьшения процентной ставки по срочному договору только в случаях, предусмотренных законом. При этом возникал вопрос, можно ли рассматривать ст. 29 Закона «О банках и банковской деятельности» в качестве такого закона.

Эта проблема нашла разрешение в постановлении Конституционного Суда РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П по делу о проверке конституционного положения ч. 2 ст. 29 Федерального закона «О банках и банковской деятельности». Конституционный Суд РФ отметил, что, осуществляя правовое регулирование отношений между банками и гражданами-вкладчиками, законодатель должен следовать ст. 2 и 18 Конституции, в соответствии с которыми признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина – обязанность государства. При этом, исходя из конституционной свободы договора, законодатель не вправе ограничиваться формальным признанием юридического равенства сторон и должен предоставлять определенные преимущества экономически слабой и зависимой стороне, с тем чтобы не допустить недобросовестную конкуренцию в сфере банковской деятельности и реально гарантировать соблюдение принципа равенства при предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Используя договор срочного банковского вклада, гражданин осуществляет именно такую экономическую деятельность.

Отсутствие в законе норм, вводящих обоснованные ограничения для экономически сильной стороны в договоре срочного банковского вклада, приводит к чрезмерному ограничению (умалению) конституционной свободы договора и, следовательно, свободы не запрещенной законом экономической деятельности для гражданина, заключающего такой договор. При этом положение ст. 29 Закона «О банках и банковской деятельности» вводит ограничение конституционных прав и свобод граждан без определения в федеральном законе оснований, обусловливающих такую возможность.

Таким образом, без дополнительного правового регулирования, конкретизирующего основания и пределы необходимых ограничений, по существу, отсылочное положение ст. 29 Закона применяться не может. Иное его истолкование правоприменителем, допускающее право банка на включение в договоры с гражданами-вкладчиками условия о возможности одностороннего снижения процентной ставки по срочному вкладу в отсутствие соответствующего федерального закона, не согласуется с Конституцией РФ.

Однако нужно иметь в виду, что если вкладчик воспользовался своим правом на досрочное изъятие части вклада, то срочный договор банковского вклада преобразуется в договор до востребования. Поэтому в дальнейшем банк вправе уменьшать процентную ставку по такому вкладу на общих основаниях.

Проценты на сумму банковского вклада начисляются со дня, следующего за днем ее поступления в банк, до дня, предшествующего ее возврату вкладчику либо ее списанию со счета вкладчика по иным основаниям.

Сроки (день, месяц, квартал, год и т.п.) и порядок выплаты процентов по вкладу (с капитализацией, без капитализации) должны быть согласованы сторонами в договоре.. Если иное не предусмотрено договором банковского вклада, проценты на сумму банковского вклада выплачиваются вкладчику по его требованию по истечении каждого квартала отдельно от суммы вклада, а невостребованные в этот срок проценты увеличивают сумму вклада, на которую начисляются проценты. При возврате вклада выплачиваются все начисленные к этому моменту проценты.

Если вклад должен быть возвращен до окончания соответствующего процентного периода, то банковские проценты начисляются на его сумму исходя из фактического периода пользования средствами клиента (неполный процентный период) и выплачиваются одновременно с возвратом основной суммы вклада.

Особенностью договора банковского вклада является наличие в нем специального обеспечения возврата вклада. Банки обязаны обеспечивать возврат вкладов граждан путем обязательного страхования, а в предусмотренных законом случаях и иными способами.

Возврат вкладов граждан обеспечивается путем:

а) обязательного страхования вкладов граждан за счет средств Федерального фонда обязательного страхования вкладов (ст. 38 Закона о банках). Порядок создания, формирования и использования этого фонда определяется федеральным законом (ст. 30 Закона о банках);

б) введения субсидиарной ответственности РФ, субъектов РФ, а также муниципальных образований по долгам банков – в случаях, установленных законодательством;

в) добровольного страхования вкладов (ст. 39 Закона о банках);

г) использования традиционных способов обеспечения исполнения обязательств в гражданском праве (ст. 329–381 ГК).

Вкладчики – граждане РФ вправе предъявить к Российской Федерации, субъектам РФ, а также муниципальным образованиям иски о привлечении их к субсидиарной ответственности по долгам тех банков:

а) к которым вкладчики уже предъявляли соответствующие требования, но принадлежащего им имущества оказалось недостаточно для их удовлетворения; б) в капитале которых более 50% акций или долей участия принадлежит государству и указанным выше государственным и муниципальным образованиям. Акционерами (пайщиками) банка, размер участия которых в уставном капитале банка должен учитываться при определении размера доли государства (муниципальных образований) в капитале банка, должны быть не только соответствующие государственные органы (фонд государственного или муниципального имущества, Минфин России и т.п.), но и государственные (муниципальные) предприятия и организации.

Федеральными законами может быть предусмотрен особый порядок формирования уставных капиталов кредитных организаций за счет средств федерального или муниципального бюджетов (бюджетов субъектов РФ), другого государственного или муниципального имущества, не распределенного среди государственных и муниципальных предприятий (ст. 11 Закона о банках). Например, федеральными законами может быть предусмотрена возможность создания банков, в которых 100% их акций (долей участия) принадлежит государству (муниципальным образованиям). Держателями акций (паев) таких банков будут соответствующие государственные органы (государственные и муниципальные имущественные фонды, Минфин России и т.п.). На сегодняшний день такая возможность предусмотрена только при создании муниципальных банков.

Способы обеспечения банком возврата вкладов юридических лиц определяются договором банковского вклада. При заключении договора банковского вклада банк обязан предоставить вкладчику информацию об обеспеченности возврата вклада. Информация об используемых банком способах обеспечения возврата вкладов своих клиентов может быть доведена до сведения вкладчиков разыми способами, в том числе путем вывешивания в операционном зале соответствующих объявлений.

В случае утраты обеспечения или ухудшения его условий вкладчик вправе в одностороннем порядке потребовать расторжения договора банковского вклада (ст. 310 ГК), возврата суммы вклада и выплаты процентов в размере, установленном п. 1 ст. 809 ГК (ставка рефинансирования), за весь период фактического пользования средствами вкладчика, а также возмещения причиненных ему убытков.

В условиях финансового кризиса активно обсуждается проблема гарантированности банковских вкладов, разрабатываются соответствующие проекты. Представляется, что в ходе этих обсуждений важно соблюдать несколько правил. Первое из них состоит в том, что государство в принципе не может гарантировать все вклады, поскольку для этого не существует денежных средств. Если учесть, что соотношение собственных и привлеченных средств банков равно 1:100, то даже с учетом резервов формируемые гарантии являются декларацией.

Назначение государственных гарантий имеет двойное содержание: с одной стороны, оно преследует цель обеспечения интересов вкладчиков, а с другой – должно обеспечить распределение и дробление вклада. С этой целью во многих западных странах устанавливается определенный минимальный размер вклада, который гарантируется гражданину в одной кредитной организации. Очевидно, это правильный путь, которым надлежит воспользоваться.

**5. Банковский счет**

По договору банковского счета банк обязуется принимать и зачислять поступающие на счет, открытый клиенту (владельцу счета), денежные средства, выполнять распоряжения клиента о перечислении и выдаче соответствующих сумм со счета и проведении других операций по счету. При этом банк может использовать имеющиеся на счете денежные средства, гарантируя право клиента беспрепятственно распоряжаться этими средствами (ст. 845 ГК).

Гражданский кодекс РФ в гл. 45 довольно подробно урегулировал права и обязанности сторон по договору банковского счета, равно как установил ответственность за нарушения этих обязанностей. Но нормами ГК не исчерпывается правовое регулирование института банковского счета. Если классифицировать правовые акты, регулирующие отношения, связанные с банковским счетом, по юридической значимости и силе, то нужно прежде всего назвать конституционную норму о защите права собственности, поскольку речь идет о деньгах, которые также являются объектом этого права (ст. 35 Конституции РФ). На уровне норм закона следует также указать на ст. 26, 27 и 30 Федерального закона «О банках и банковской деятельности», которые установили право клиентов открывать любое количество счетов, а также режим некоторых операций по счету.

Институт банковского счета – один из сложных правовых феноменов. В качестве общих теоретических предпосылок анализа этого института могут выступать следующие положения: институт банковского счета является комплексным по своей правовой природе и объединяет публично-правовые и частноправовые аспекты; в правоотношения в связи с банковским счетом вступают экономически и юридически неравные партнеры, в связи с чем необходимо предусмотреть соответствующие ограничения прав более сильного партнера и гарантии для более слабого; банковский счет является формой предпринимательской деятельности банка и позволяет ему привлекать и использовать в своей деятельности средства клиентов; банковский счет – необходимое условие образования статуса предпринимателя и юридического лица, хранение денег на счете для которых – нормативная обязанность; правовое регулирование отношений, связанных с банковским счетом, может осуществляться на разных уровнях, но минимум прав клиента должен устанавливаться законодательно.

Банковский счет следует рассматривать как правоотношения с множественным составом участников по поводу хранения и движения денег. В этом множественном составе необходимо выделять прежде всего публично-правовых субъектов в виде налоговых органов государства и Центрального банка России, и только затем – частноправовых субъектов в виде конкретного банка и клиента, заключающих договор.

Коммерческие банки обязаны открывать счета физическим и юридическим лицам по определенным правилам, с соблюдением установленных Банком России требований. Эти требования отражают режим счета и дифференцируются в зависимости от вида счета. Не контролируя операций клиента, коммерческий банк осуществляет по расчетному счету одни операции, по текущему – другие, по бюджетному – третьи, по инвестиционному – свои и т.д.

Договор банковского счета должен быть признан **консенсуальным, взаимным** и, по общему правилу, **возмездным.** Последнее условие следует из ст. 30 Федерального закона «О банках и банковской деятельности», которая указывает на стоимость банковских услуг в числе существенных условий договора.

Возможность возмездных правоотношений предусматривают и ст. 851 и 852 ГК. Но ст. 851 ГК относит условие возмездности к необязательным, указывая на то, что клиент оплачивает услуги банка только в случаях, предусмотренных договором банковского счета. Плату клиенту за пользование его денежными средствами ст. 852 ГК относит к тем условиям, которые возникают автоматически и могут быть сторонами отменены путем указания на безвозмездность договорных отношений или изменены по сравнению с общепринятыми. В последнее время становятся все более распространенными безвозмездные договоры банковского счета.

Принадлежность счета к банковской деятельности предопределила **публичный** характер самого договора банковского счета, который для банка обязателен в соответствии со ст. 846 ГК. Круг потенциальных клиентов банка не ограничен. Но иногда одно и то же предприятие обращается в один и тот же банк с просьбой открыть не один, а несколько счетов. В принципе закон этого не запрещает.

Одной из **сторон договора** банковского счета всегда выступает банк или кредитная организация, т.е. коммерческое юридическое лицо, созданное в форме хозяйственного общества, имеющее лицензию Банка России и обладающее специальной правоспособностью, действующее по определенным правилам осуществления банковской деятельности как предпринимательской.

Другой стороной договора, владельцем счета, клиентом банка может быть одно из довольно широкого круга лиц (организованных образований разного уровня).

Все эти лица могут быть условно разделены на несколько групп. Первую образуют юридические лица, для которых открытие одного из видов счетов, именуемого на практике временным расчетным счетом, является условием создания юридического лица. После государственной регистрации юридического лица временный расчетный счет преобразуется в обычный расчетный счет. Его владельцем могут быть все юридические лица независимо от формы собственности и организационно-правовой формы их образования. Приведение юридического лица в соответствие с требованиями постоянно меняющегося законодательства – забота самого юридического лица и предмет контроля органа государства. Банк не вправе и не должен требовать от своего клиента каких-либо изменений его организационно-правовой формы. Поэтому на обслуживании банков можно в каждый данный момент обнаружить клиентов, чья организационно-правовая форма далеко не полностью соответствует действующему законодательству, но это не должно препятствовать банковским операциям такого субъекта.

Кроме юридических лиц, клиентами банка могут быть также физические лица. Применительно к договору банковского счета принято утверждать, что клиенты должны быть гражданами-предпринимателями, хотя никаких предписаний нормативного характера по этому поводу не предусмотрено. Но поскольку счета открываются в соответствии с банковскими правилами и обычаями, не существует такого вида счета, который мог бы открыть гражданин, не осуществляющий предпринимательскую деятельность.

Следующую группу владельцев банковского счета образуют внутренние структурные подразделения юридических лиц, которые сами по себе не являются юридическими лицами. Для того чтобы они могли быть владельцами счетов, необходимо их соответствие некоторым признакам. Во-первых, организационная и имущественная обособленность субъектов. Во-вторых, такие подразделения должны действовать на основе локальных правовых актов, утвержденных самим юридическим лицом. В-третьих, юридическое лицо должно предоставить такому своему подразделению право на счет и определить в некоторых случаях вид счета.

Одна из основных обязанностей банка по договору банковского счета – обязанность хранить тайну банковского счета. Понятие банковской тайны является одним из видов правовых режимов информации, обладающей ограниченным доступом. Подчиняясь общим правилам, режим банковской тайны обладает специальными правилами и процедурами, регламентированными на законодательном уровне. Банковская тайна – особый правовой режим, не сводимый ни к одному ранее известному правовому режиму информации. Было бы неправильно считать банковскую тайну разновидностью коммерческой тайны, поскольку уровень отнесения тех или иных сведений, их объем и правовое оформление этого действия совершенно разные.

Перечень законов, которые затрагивают права и обязанности по поводу банковской тайны, не является стабильным и может быть дополнен. Правовое же значение этих законов состоит в том, что они, во-первых, определяют право определенных органов и организаций запрашивать банковскую информацию, во-вторых, эти правовые акты устанавливают компетенцию того или иного органа на запрос, т.е. определяют, какую именно информацию может запрашивать этот орган, в-третьих, устанавливают, хотя и не всегда, меры ответственности за несоблюдение требований о предоставлении информации.

ГК называет три вида сведений, составляющих содержание **банковской тайны:** а) сведения о банковском счете и банковском вкладе; б) сведения об операциях по счету; в) сведения о клиенте2. В дополнение к названным сведениям ст. 26 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» включает любые иные сведения, установленные кредитной организацией и соотносимые с ее клиентами.

Редакция Закона более адекватна, так как дает широкое толкование понятию «банковская тайна», что соответствует банковской практике во многих странах. Именно банковская деятельность, осуществляемая профессионально, служит критерием для определения характера сведений, составляющих банковскую тайну. Если даже банк в ходе предоставления, например, кредита, получит какие-либо сведения о состоянии здоровья клиента или его семейном положении, эти сведения, а не только операции, произведенные для выдачи кредита, также должны быть включены в банковскую тайну. Точно так же, если для технико-экономического обоснования в потребности в кредите и способности его возвратить будут представлены сведения о технологии, заключенных договорах между клиентом банка и его контрагентом, вся эта информация должна быть включена в банковскую тайну.

Применительно к физическим лицам правом на получение банковской информации без согласия клиента обладают только два субъекта:

* суды по делам, находящимся в **их** производстве; это могут быть как уголовные, так и гражданские дела, равно как и дела об особом производстве;
* органы предварительного расследования по делам, находящимся в их производстве, и с санкции прокурора.

В отношении предпринимателей вне зависимости от формы предпринимательской деятельности банковская информация предоставляется значительно большему кругу субъектов: судам и арбитражным судам (судьям); Счетной палате Российской Федерации; органам государственной налоговой службы и налоговой полиции; таможенным органам; с санкции прокурора – органам предварительного расследования.

Предоставление банками сведений должностным лицам органов государственной власти и управления должно осуществляться по определенным правилам, существование которых охватывается понятием «порядок предоставления сведений». Этот порядок состоит из правовых норм, регулирующих четыре направления правоотношений между банками и органами государства:, а) нормы, устанавливающие материально-правовые и процессуальные основания для направления запроса в банк; б) нормы, определяющие круг должностных лиц, уполномоченных от имени того или иного органа совершать этот запрос; в) нормы, предъявляющие требования к форме запроса; г) нормы о сроках и форме ответа банка.

В соответствии со ст. 846 ГК банк обязан заключить договор банковского счета с клиентом, обратившимся с предложением открыть счет на объявленных банком для открытия счетов данного вида условиях, соответствующих требованиям, предусмотренным законом и установленным в соответствии с ним банковскими правилами. Банк не вправе отказать в открытии счета, совершение соответствующих операций по которому предусмотрено законом, учредительными документами банка и выданным ему разрешением (лицензией), за исключением случаев, когда такой отказ вызван отсутствием у банка возможности принять на банковское обслуживание либо допускается законом или иными правовыми актами.

Причины отказа могут иметь разный характер, определяемый особенностями банковской деятельности. Так, они могут быть экономическими и состоять в том, что установленные экономические нормативы, предполагающие определенное соотношение собственных и привлекаемых денежных средств, будут нарушены, если счет будет открыт. Невозможность открытия счета может быть вызвана техническими или организационными причинами.

Важно отметить, что закон не дает перечня тех оснований, по которым банк может отказаться открыть счет, а содержит только указание на последствие этих оснований – отсутствие возможности принять данного клиента на банковское обслуживание. При необоснованном уклонении банка от заключения договора банковского счета клиент вправе предъявить ему требования, предусмотренные п. 4 ст. 445 ГК.

Для оформления расчетных, текущих и бюджетных счетов представляются следующие документы: заявление на открытие счета; документ о государственной регистрации предприятия; копия надлежаще утвержденного устава (положения); карточка с образцами подписей и оттиска печати.

Эти документы необходимы и достаточны для заключения договора банковского счета. Но публично-правовыми нормами перечень представляемых документов дополнен в интересах государства и его органов. В частности, необходимо представлять документы, подтверждающие постановку клиента на учет в налоговом органе, регистрацию как плательщика страховых взносов в Пенсионный и другие фонды.

При осуществлении операций по счету банк должен быть уверен, что направляемые ему платежные документы исходят от клиента. Этой цели служит правило об удостоверении права распоряжения денежными средствами. Банковские правила устанавливают, что таким правом могут обладать либо должностные лица клиента (руководитель и главный бухгалтер), либо определенные лица контрагента клиента, связанного с ним каким-либо договором. Федеральный закон от 21 ноября 1996 г. «О бухгалтерском учете» требует, чтобы все финансовые документы от имени юридического лица подписывались главным бухгалтером. Образцы подписей этих лиц предварительно удостоверяются в банковской карточке, заполняемой в момент открытия счета.

Предоставление права списывать денежные средства третьим лицам является правом клиента, реализация которого обусловлена только надлежащим удостоверением образцов соответствующих подписей, позволяющих идентифицировать определенное лицо. Статья 847 ГК не содержит в себе указаний на необходимостькаких**-**либо предварительных согласовании с банком этой процедуры.

В связи с использованием новых форм расчетов, новых видов связи установлена возможность использовать для удостоверения права распоряжаться денежными средствами разнообразных аналогов собственноручной подписи, к числу которых можно отнести электронно-цифровую подпись (ЭЦП), персональные идентификационные номера (ПИНы) и др. Их использование, будучи разрешенным с правовых позиций, предопределяется техническими возможностями конкретного банка. В то же время следует иметь в виду, что при такой форме взаимодействия в правоотношения между банком и клиентом включается еще один субъект – владелец программного обеспечения. Следовательно, ответственность и риски должны распределяться специально.

Возможность использования таких аналогов собственноручной подписи определяется либо законом, либо иным правовым актом, либо соглашением сторон. Центральный банк РФ утвердил 10 февраля 1998 г. Временное положение № 17-П «О порядке приема к исполнению поручений владельцев счетов, подписанных аналогами собственноручно подписи, при проведении безналичных расчетов кредитными организациями». В соответствии с этим документом право использовать аналог собственноручной подписи (АСП) возникает с момента его регистрации специально созданной на основе многостороннего договора Администрацией документооборота. Если такая Администрация не создается, право использовать АСП возникает в порядке, предусмотренном договором между участниками документооборота. Регистрация владельцев АСП, средств создания и проверки АСП производится путем оформления двустороннего акта за подписью Администрации заявителя.

Договор банковского счета должен быть заключен в письменной **форме.** В качестве такой формы можно рассматривать два варианта заключения договора. Первый можно считать упрощенной формой договора, поскольку она состоит в подаче заявления и совершении разрешительной надписи уполномоченным лицом от имени банка. Эта форма практиковалась в банковской практике в течение длительного времени, но в настоящее время ее следует рассматривать как несовершенную, поскольку из такой формы очень трудно уяснить, на каких условиях заключен договор. В основном в эти случаях в отношении данной формы действуют правила обслуживания клиентов в данном банке, а в заявлении следует указать, что клиент с этим актом ознакомлен и согласен. Второй вариант предполагает составление развернутого документа, подписываемого обеими сторонами. Именно последнюю используют большинство банков.

Право прекратить договорные отношения принадлежит обеим сторонам договора, но применительно к банку, поскольку договор является публичным, законодательство устанавливает специальные условия. Статья 859 ГК предусматривает, что по требованию банка договор банковского счета может быть расторгнут судом в следующих случаях, когда сумма денежных средств, хранящихся на счете клиента, окажется ниже минимального размера, предусмотренного банковскими правилами или договором, если такая сумма не будет восстановлена в течение месяца со дня предупреждения банка об этом; при отсутствии операций по этому счету в течение года, если иное не предусмотрено договором.

О несоблюдении минимального остатка по счету можно говорить только в том случае, если необходимость наличия такого остатка предусмотрена договором. К тому же банк обязан предупредить клиента о возможном закрытии счета.

Второе основание для прекращения договорных отношений по инициативе банка сформулировано крайне неудачно. Дело в том, что договор банковского счета, по общему правилу, является возмездным, предполагающим платежи за пользование свободным остатком средств. Эти платежи также являются операцией по счету и должны совершаться регулярно (ежеквартально или ежемесячно). Это, в свою очередь, означает, что возможность расторгнуть договор в связи с отсутствием операций по счету в течение года существует только в тех случаях, когда договором определено, что банк не уплачивает проценты за пользование денежными средствами на счете.

По инициативе клиента договор может быть расторгнут в любой момент, что обусловлено свободой воли клиента в выборе банка для обслуживания и обеспечивает конкуренцию банков на финансовом рынке.

Прекращение договорных отношений включает в себя два этапа – расторжение договора и закрытие счета. Счет должен быть закрыт после расторжения договора, а остаток, имеющийся на счете, должен быть либо выдан клиенту, либо перечислен на другой счет. Семидневный срок, установленный ст. 859 ГК для этой операции, отличается от общих сроков осуществления операций по счету и является специальным.

В тех случаях, когда счет закрывается в связи с неосуществлением операций по безвозмездному договору и, как правило, отсутствием клиента в месте проживания или нахождения, возможно перечисление остатка в депозит нотариуса или суда по правилам ст. 327 ГК.

Расчетные и текущие счета предприятий, объединений, организаций и учреждений закрываются также в соответствии с банковской практикой: а) по заявлению владельца счета; б) при изменении характера деятельности, связанной с утратой хотя бы одного из признаков, необходимых для данного вида счета; в) по решению органа, создавшего предприятие, объединение, организацию или учреждение; г) при ликвидации.

Правовое регулирование банковских счетов предусматривает также режим работы счета, в зависимости от которого выделяются **виды счетов.** Счета могут быть общими или универсальными, позволяющим совершать любые операции данного субъекта и ограниченные только его компетенцией и правилами (расчетный, текущий счет), а также целевыми или специальными (бюджетный, инвестиционный и др.), предполагающими целевое использование денег и наличие субъекта, контролирующего такое использование.

**Расчетный счет** – счет для осуществления предпринимательской деятельности. По этому счету выполняются все операции, связанные с реализацией товаров, обеспечением их производства, производственными и иными расходами. На эти счета зачисляется выручка, с них списываются деньги для выдачи заработной платы, оплаты стоимости приобретаемых комплектующих и прочих изделий, с этих счетов уплачиваются налоги и т.п.

Счет для осуществления совместной деятельности по своей природе является расчетным, хотя в письме Министерства финансов РФ от 24 января 1994 г. «Об отражении в бухгалтерском учете и отчетности операций, связанных с осуществлением совместной деятельности», которым предусмотрено его открытие, он именуется текущим или аналогичным. Особенностью этого счета является множественный состав его владельцев, конкретное содержание которого определяется договором о совместной деятельности (до 1 марта 1996 г.) или договором о простом товариществе (гл. 55 ГК). По счету ведутся все операции, связанные с осуществлением совместной деятельности, в том числе формирование имущества простого товарищества, расходные операции, распределение прибыли и убытков и соответствующее их перечисление и т.п. Счет открывается и закрывается в соответствии с договором.

**Текущие счета** – счета финансирования некоммерческих юридических лиц, представительств, структурных подразделений, не осуществляющих предпринимательской деятельности. Текущий счет предназначен для хранения денег и целевого финансирования его владельца, расчетных операций.

Нужно иметь в виду, что понятие «текущий счет» в настоящее время нормативно не определяется, а перечень операции по такому счету может быть довольно разнообразным. Более того, нормативные акты называют порой текущим тот счет, который таковым, по существу не является. Так, валютное законодательство предусматривает открытие валютного транзитного и текущего счета, при этом под понятие текущего валютного счета подпадает обычный расчетный счет в иностранной валюте. По текущим счетам нередко совершаются операции расчетного счета. Например, зрелищным предприятиям при гастрольных поездках открываются по месту гастролей текущие) с чета, на которые зачисляется выручка.

**Бюджетные счета** – счета, открываемые предприятиям и организациям при выделенииим денежный средств из федерального или местных бюджетов для определенных видов деятельности. Формой предоставления денежных средств могут быть субсидии, субвенции, дотации или иные виды государственных ассигнований и финансирования, если оно не осуществляется путем зачисления денег на текущий или расчетный счет.

Особенностью этого вида счета являются два признака:

* целевое назначение зачисляемых денег, контролировать которое, по общему правилу, должен собственник денег или лицо (орган), которому это поручено, хотя нередко такой контроль незаконно возлагают на банки;
* ограниченный срок существования счета, составляющий один год, поскольку бюджет в России утверждается ежегодно, а это означает, что в конце года такие счета должны быть закрыты, а остатки по ним перечислены в бюджет.

**Инвестиционные и конверсионные счета** – счета по учету средств федерального бюджета, предоставляемых на возвратной и платной основе на финансирование конверсионных и инвестиционных программ. Эти счета именуются текущими, что, очевидно, должно подчеркивать целевое назначение денег, но, по существу, они являются расчетными счетами, поскольку предназначены для предпринимательской деятельности, но только в определенном направлении.

Инвестиционные и конверсионные счета открываются в специально уполномоченных банках. Владельцами счета выступают предприятия, осуществляющие конверсию военного производства и включенные в перечень предприятий и объектов, на которых реализуются государственные инвестиционные программы.

Одним из видов банковских счетов, на которые также распространяются предписания гл. 45 ГК, являются **счета банков**. Но в этом случае гражданско-правовые нормы носят субсидиарный характер.

Одним из весьма значимых вопросов в отношении банковского счета является вопрос о **правовом режиме денег,** находящихся на банковском счете. В денежном обороте функционируют два вида денег – наличные и безналичные. Следует согласиться с тем, что деньги – это всегда деньги и безналичность – только формаих существования. В большинстве случаев получатель денег может предъявить и предъявляет соответствующее требование не к банку плательщика, а к собственному, в котором у него открыт счет. Кроме того, безналичные деньги учитываются в составе имущества предприятия, принимаются во внимание при оценке его платежеспособности и должны использоваться для расчетов без каких-либо ограничений.

Поскольку договоры, предполагающие платеж, являются возмездными, то они должны предполагать и передачу права собственности на встречное удовлетворение. Как же его передать, если безналичные деньги не считать объектом права собственности? Более того, как определить, что происходит с правом собственности при инкассации наличных денег?

Передача денег банку не меняет вещных прав, а только устанавливает дополнительные обременения этих прав. Если заключается договор банковского вклада, то право собственности не переходит к банку, который получает только право пользования Деньгами, обременённое обязательствами вернуть сумму по требованию или по истечении срока и уплатить проценты. Если речь идет о банковском счете, то деньги остаются объектом права собственности клиента, находящимся во власти банка, распорядительные же функции собственника осуществляются с обременением обязанностями банка.

Признание денег собственностью клиента, хотя и не находящейся в его владении, не означает, что эта собственность ничем не ограничена. Характер ограничений данной сферой также предопределяется публичными интересами, а они в данном случае состоят в обеспечении сопоставимости результатов хозяйствования разных субъектов, налаживании денежного оборота на территории государства в целом. Именно этим объясняется то, что хотя банки и не контролируют, и не должны по своей природе контролировать расходование средств клиента; они должны соблюдать правила преобразования наличных денег в наличные и обратно. В этой связи они обязаны заключать с клиентами, открывающими у них счета, соглашения о лимите кассовой наличности и периодически проверять соблюдение этого лимита.

Несколько иначе обстоят дела в том случае, когда открывается счет в иностранной валюте. Применительно к денежным единицам других государств в любой стране существуют правилаих использования, отличающиеся от правил использования собственной валюты. В силу этих правил банки, как участники денежного оборота, должны контролировать источники происхождения иностранной валюты. Они могут совершать операции по валютным счетам по правилам, отличающимся от правил по поводу отечественной валюты.

Кроме этого, законодательство предусматривает возможность установления количественных параметров денег на счете. Речь идет о том, что в договоре банковского счета может быть установлен минимальный размер денежных средств, находящихся на счете. Возможность включения такого условия в договор законодательно не запрещена, более того, с ней ГК (ст. 859) связывает определенные правовые последствия.

Банк обязан совершать для клиента операции по банковскому счету, предусмотренные для счетов данного вида законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота, если договором банковского счета не предусмотрено иное (ст. 848 ГК).

**Все операции, осуществляемые по счету,** могут быть в соответствии с банковскими правилами и обычаями разделены на:

* операции, реализующие права и обязанности по договору банковского счета, т.е. взаимные расчеты между банком и клиентом, которые регулируются в основном договором;
* расчетные операции, состоящие в списании и зачислении денег на счет по поручению клиента или его контрагентов, в которых банк выполняет посредническую функцию и для которых законодательством установлены общие сроки, равно как и правила их проведения.

В случаях, предусмотренных договором банковского счета, клиент оплачивает услуги банка по совершению операций с денежными средствами, находящимися на счете. Плата за услуги банка может взиматься банком по истечении каждого квартала из денежных средств клиента, находящихся на счете, если иное не предусмотрено договором банковского счета (ст. 851 ГК).

Если договором предусмотрена плата за услуги банка, то договор должен определять и порядок внесения этой платы. Он может быть любым, но чаще всего устанавливается безакцептное списание денежных средств по требованию банка. Это нужно рассматривать как частный случай применения ст. 854 ГК (п. 2). Если в договоре нет ссылки на безакцептное списание, оно должно производиться в общем порядке с соблюдением очередности платежей (ст. 855). Платежи могут вноситься ежемесячно или в иные сроки. Но если нет указаний о сроках внесения платежей, то они взимаются банком ежеквартально.

Условие платы клиенту за пользование его денежными средствами связано с тем, что банк в соответствии со ст. 845 ГК использует имеющиеся на счете денежные средства как кредитные ресурсы, гарантируя клиенту право беспрепятственного распоряжения ими. Для банка денежные средства являются привлеченными, используемыми в его предпринимательской деятельности с целью извлечения прибыли, часть которой выражается в виде процентов. Условие о платеже сформулировано как автоматически возникающее в силу нормы закона, если стороны не договорились об ином.

Клиент и банк могут в договоре предусмотреть любой размер процентов. Если договором это условие не предусмотрено, то проценты выплачиваются в размере, обычно уплачиваемом банком по вкладам до востребования. В соответствии с банковской практикой проценты начисляются на сумму среднемесячного остатка.

При взаимных расчетах банка и клиента допускается зачет встречных требований, связанных с обслуживанием счета, поскольку эти требования соответствуют всем правилам для зачета. Они являются однородными, когда срок платежа по ним наступает, а срок исковой давности еще не истек (ст. 410 ГК).

В этой связи возникает вопрос о возможности зачета требований по другим обязательствам банка и его клиента. В этом смысле перечень обязательств, по которым можно проводить зачет, следует считать исчерпывающим и специально установленным законом.

К иным обязательствам банка можно применять общие правила о прекращении обязательств зачетом. Так, со ссылкой на ст. 853 ГК нельзя проводить зачет по договору банковского счета и кредитному договору. Но это не означает, что такой зачет в принципе не допускается. Представляется, что он может быть произведен в соответствии с общими гражданско-правовыми нормами.

Операции по счету выполняются в пределах денежных средств клиента. Это правило является принципом расчетных операций и общим условием для договоров банковского счета. Из него существует одно исключение, именуемое в банковской практике овердрафтом, или кредитованием счета (ст. 850 ГК).

Условия об овердрафте и основаниях его предоставления должны быть предусмотрены договором банковского счета, который в этом случае становится комплексным договором, поскольку является одновременно договором банковского счета и кредитным договором.

Как правило, речь идет о краткосрочном кредите, который погашается за счет поступлений на счет. Поступления могут быть безналичными от контрагентов клиента либо наличными путем сдачи выручки в кассу. Часто для погашения такого кредита предусматривается первая очередь, что не соответствует законодательству, но иное не стимулирует кредит.

Кредит предоставляется по мере необходимости, т.е. в случае возникновения необходимости осуществить частично или полностью платеж и отсутствия денег на счете. Срок кредита исчисляется с момента платежа до погашения долга клиента. Договором же должны определяться и предельный срок кредитования, и процентная ставка за предоставленный кредит. Иногда такая ставка, срок и иные условия предусматриваются нормативными актами.

Операции по обслуживанию банковского счета клиента осуществляются банком с учетом некоторых требований законодательства.

Во-первых, ст. 849 ГК установила сроки операций по счету для двух видов операций. Вначале речь идет о зачислении на счет клиента тех денег, которые поступили к нему от его контрагентов. Эти деньги сначала зачисляются на корреспондентский счет банка. Срок для зачисления их на счет клиента начинается с того момента, когда банк узнал о принадлежности денег клиенту, т.е. с момента получения платежного документа, подтверждающего платеж. Этот срок составляет один день и может быть изменен в ту или другую сторону только договором.

Второй срок, который также равен одному дню, установлен для перечисления и выдачи денег по платежному документу клиента. Этот срок может быть изменен как договором, так и банковскими правилами. В банковской практике понятие «день» означает не календарный, а операционный день, т.е. день работы банка, а точнее, часть рабочего времени банка, в течение которой осуществляется обслуживание платежных документов определенной датой. В соответствии с банковскими правилами и обычаями операционный день, как правило, заканчивается за два часа до окончания работы банка, и все платежные документы, поступившие после этого, исполняются на следующий день. Некоторые банки практикуют более короткие сроки, например до 15 часов с теми же последствиями. В некоторых случаях устанавливаются иные сроки.

Исчисление сроков определяется моментом получения платежных документов, в качестве которых могут выступать платежные поручения, требования-поручения и т.п. Таким документом не являются сводные платежные поручения, выписки с корреспондентских счетов и др. В тех случаях, когда обслуживание клиента осуществляется с использованием электронных средств, сроки могу исчисляться иным образом, если это специально предусмотрено договором. Если такого условия нет, сроки будут исчисляться с момента поступления письменных документов.

Банк обязан списывать деньги со счета только **с согласия клиента.** Оно может быть дано разными способами и должно соответствовать банковским обычаям и правилам. Из этого общего правила существуют исключения. Речь идет о бесспорном или безакцептном списании, денег со счета клиента.

Понятие «бесспорное списание» применяется к тем видам банковских операций, которые осуществляются по требованию органов государства и в пользу государства. Такое списание выполняется по распоряжению взыскателей, которые должны нести ответственность за правильность и обоснованность взыскания. К бесспорному списанию отнесено и списание денег по исполнительным и приравненным к ним документам, что неверно, поскольку выдаче исполнительных документов. предшествуют и возражения плательщика, и собственно рассмотрение спора.

В случае употребления термина «безакцептное списание» имеется в виду списание по договорам за выполненную или невыполненную работу, услуги, переданные товары (товары ненадлежащего качества), т.е. такое изъятие денежных средств, которое осуществляется, как правило, со встречным имущественным удовлетворением, но без согласия на каждый акт списания самого плательщика. Согласие плательщика подразумевается при заключении договора, например, на энергоснабжение или обслуживание предприятиями связи. И хотя право на безакцептное списание предоставляется правовыми актами в виде обязательного условия договора, не подлежащего изменению волей сторон, лицо, заключившее такой договор, как бы заранее соглашается на безакцептное списание причитающихся по нему платежей. Аналогично можно рассматривать как безакцептное такое списание денежных средств, когда данное право сам плательщик предоставляет своему контрагенту по договору заранее, при заключении договора без каких-либо нормативных предписаний. В каждом из этих случаев списание проводится на основании платежных документов с пометкой «без акцепта».

В настоящее время можно говорить о наличии двух принципиально разных **Основаниях для бесспорного списания:** договорных и законодательных.

Договорное списание может применяться без каких-либо ограничений, при условии, что клиент оплачивает расходы банка на такое списание. Эти расходы могут включать в себя средства, потраченные на ведение специальной картотеки договоров или клиентов, предусматривающее бесспорное списание, на проверку соответствия платежных документов тем договорам, которые есть у банка. Разумеется, клиент банка должен непременно извещать банк о введении такой формы расчетов и присылать копию договора. В противном случае банк не сможет определить, является ли данный взыскатель надлежащим.

Следовательно, в тех случаях, когда указанными нормативными актами, в том числе постановлениями Верховного Совета РФ, носящими нормативный характер, а также постановлениями Правительства РФ, принятыми в пределах полномочий, данных Правительству в законе либо указе Президента РФ, установлен безакцептный порядок списания денежных средств, они подлежат применению впредь до принятия соответствующего закона по данному вопросу.

Все законодательные основания бесспорного списания можно разделить на две группы.

Первую образуют бесспорные списания, производимые, как правило, уполномоченными органами государства. Право на указанное списание возникает в силу существования обязательства, в основном, между субъектом предпринимательской деятельности и государством.

К рассматриваемым взысканиям относятся: а) взыскание недоимок, штрафов и иных санкций по налогам по требованию налоговых органов в бюджет, в том числе путем обращения взыскания на суммы, причитающиеся недоимщику от его дебиторов; б) близкими по правовой природе к названным являются и взыскания недоимок, сумм штрафа и иных санкций с работодателей в Пенсионный фонд РФ, сумм сокрытых или заниженных Страховых взносов в Фонд занятости, сумм недоимок по обязательному медицинскому страхованию в территориальные фонды обязательного медицинского страхования; в) взыскание различного вида задолженностей, например по экспортно-импортной пошлине по требованию таможенных органов, просроченных платежей за загрязнение окружающей среды, излишне полученных сумм выручки и штрафов за нарушение дисциплины цен; г) несколько иными по правовой природе являются взыскания штрафных санкций (как правило, прибыли и штрафов), которые нужно рассматривать как меры ответственности; такой порядок применяется, например, в отношении нарушителей антимонопольного законодательства, банковских правовых норм, в том числе за допущенные нарушения правил совершения валютных операций, а также за нарушения в области строительства; д) отдельно стоят бесспорные взыскания используемых не по целевому назначению межбюджетных субвенций, применяемые только в правоотношениях между различными бюджетами, а не в отношениях с хозяйствующими субъектами.

Вторую группу образуют основания бесспорного списания, предусмотренные законодательством, но реализующиеся при наличии соответствующего договора. Речь идет о том, что нормативно-правовые акты предоставляют одной из сторон договора такое право по отношению к ее контрагенту. Подобные основания предусматривались в значительном числе нормативных актов как Российской Федерации, так и принятых во время существования СССР, которые не утратили юридическую силу.

К этим основаниям следует отнести: а) списание платы за отпускаемую электрическую и тепловую энергию, - услуги водоснабжения, за исключением жилищно-коммунальных и бюджетных организаций, населения, а также платы за электроэнергию, отпускаемую АЭС, платы за почтовые, телеграфные и телефонные услуги, оказываемые предприятиями связи; б) списание штрафов и излишне полученных сумм по договорам поставки в случаях поставки недоброкачественной продукции, несвоевременного возврата или утраты средств пакетирования; в) списание в транспортных обязательствах, в частности, платежей и сборов, включенных в перевозочные документы в прямом смешанном (Сообщении между транспортными организациями; штрафов и платы за неправильное использование и простой подвижного состава; штрафов за простой и неправильное оформление документов в автомобильных «перевозках и др.

Своеобразными операциями по счету является **арест** денег на счете и **приостановление операций,** которые ст. 858 ГК рассматривает как ограничение распоряжения счетом. Свобода распоряжения денежными средствами, находящимися на банковском счете, может быть ограничена только законом в узком смысле этого слова.

На денежные средства и иные ценности юридических и физических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах или на хранении в кредитной организации, арест может быть наложен не иначе как судом и арбитражным судом, судьей, а также по постановлению органов предварительного следствия при наличии санкции прокурора.

Арест может быть наложен только на определенную сумму денежных средств, находящихся на расчетном счете. Нужно признать, что следователи, как правило, указывают эту сумму, но затем нередко формулируют требование арестовать и остаток. Последнее указание незаконно, поскольку нельзя накладывать арест на неопределенное имущество. Если арест налагается в арбитражном производстве, то суд должен установить, есть ли на счете деньги, подлежащие аресту. Если их не окажется, налагать арест на будущие платежи нельзя. Это разъяснение содержится в информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 июля 1996 г. № 6.

При наложении ареста на денежные средства, находящиеся на счетах и во вкладах, кредитная организация незамедлительно по получении решения о наложении ареста прекращает расходные операции по данном счету (вкладу) в пределах средств, на которые наложен арест.

Взыскание на денежные средства и иные ценности физических и юридических лиц, находящиеся на счетах и во вкладах или на хранении в кредитной организации, может быть обращено только на основании исполнительных документов в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Практика применения данного режима ареста пошла значительно дальше. Нередко следователи требуют, чтобы арестованные деньги были переведены на указанный ими счет, например, какого-либо органа государственного управления, что совершенно незаконно.

В связи с правовым режимом ареста возникает несколько теоретических и практических вопросов. Первый состоит в том, что арест может быть наложен на те денежные средства, которые подлежат обязательной выплате (заработная плата, пенсии, налоги и пр.). В любом случае, даже при конфискации, эти суммы должны быть своевременно выплачены получателям. Есть ли в таком случае смысл задерживать платежи, причиняя тем самым вред большому кругу лиц, и государству в том числе? Очевидно, следователи должны иметь в виду эти соображения.

Одним из вопросов является необходимость своеобразного взвешивания юридического значения разных актов правоприменения, в частности, исполнительных листов судов и постановлений следователей или судов же об аресте денежных средств. Можно ли исполнять взыскание в отношении арестованных средств? Представляется, что в таких случаях, когда на счет поступают одновременно или последовательно постановление об аресте и исполнительный лист, банк должен запросить суд о порядке исполнения указанных актов. Именно суд должен разъяснить порядок совершения действий в этом случае. В целом же, если оценивать эти требования, то, разумеется, следует признать необходимость исполнения в первую очередь судебных решений, поскольку в этом случае правовая оценка уже состоялась и по спору вынесено судебное решение, которое вступило в силу. Поэтому суд должен отменить в части, необходимой для исполнения решения по исполнительному листу, арест денежных средств и разрешить такое исполнение. В остальной же части денег арест может сохраняться.

Кредитная организация, Банк России не несут ответственности за ущерб, причиненный в результате наложения ареста или обращения взыскания на денежные средства и иные ценности их клиентов, за исключением случаев, предусмотренных законом.

В случае признания ареста денежных средств незаконным и необоснованным закономерно возникает вопрос об имущественной и иной ответственности за причиненный вред. В настоящее время вред, причиненный юридическим лицам незаконным и необоснованным арестом, может возмещаться в полном объеме при наличии вины должностных лиц правоохранительных органов. В любом случае вред возмещается государством, в силу чего возникает вопрос об источнике возмещения. Если арест был произведен в арбитражном судопроизводстве, то в случае отказа в иске убытки можно взыскать с истца'.

Приостановление операций по счету предусматривается в случае несвоевременного предоставления или непредставления информации налоговым органам. Эта санкция в настоящее время является более серьезной и значимой, чем арест, поскольку в данном случае счет практически блокируется, чем ограничивается возможность всей деятельности клиента банка. Прекращение применения этой санкции в принципе определяется действиями клиента, который может выполнить свои публично-правовые обязанности и предоставить информацию в налоговые органы.

Законодательство устанавливает очередность списания денежных средств со счета. При наличии на счете денежных средств, сумма которых достаточна для удовлетворения всех требований, предъявленных к счету, списание этих средств со счета осуществляется в порядке поступления распоряжений клиента и других документов на списание.

При недостаточности денежных средств на счете для удовлетворения всех предъявленных к нему требований денежные средства списываются в следующей очередности:

 в первую очередь – по исполнительным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств со счета для удовлетворения требований о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью, а также требований о взыскании алиментов;

во вторую очередь – по исполнительным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по выплате выходных пособий и оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору, в том числе по контракту, по выплате вознаграждений по авторскому договору;

в третью очередь – по платежным документам, предусматривающим перечисление или выдачу денежных средств для расчетов по оплате труда с лицами, работающими по трудовому договору (контракту), а также по отчислениям в Пенсионный фонд РФ, Фонд социального страхования РФ и Государственный фонд занятости населения РФ и фонды обязательного медицинского страхования;

в четвертую очередь – по платежным документам, предусматривающим платежи в бюджет и внебюджетные фонды, отчисления в которые не предусмотрены в третьей очереди;

в пятую очередь – по исполнительным документам, предусматривающим удовлетворение других денежных требований;

в шестую очередь – по другим платежным документам в порядке календарной очередности.

Списание средств со счета по требованиям, относящимся к одной очереди; производится в порядке календарной очередности поступления документов.

В соответствии с постановлениям Конституционного Суда РФ от 23 декабря 1997 г. признана не соответствующей ст. 19 Конституции РФ третья очередь производимых списаний. По поводу четвертой очереди в этом же акте содержится указание на то, что обязательное списание по платежным документам, предусматривающим платежи в бюджет и внебюджетные фонды, означает только взыскание задолженности по указанным платежам на основании поручений налоговых органов и органов налоговой полиции, носящих бесспорный характер. По мнению Конституционного Суда, обязанности выплачивать вознаграждение за труд и платить законно установленные налоги и сборы не должны противопоставляться друг другу.

После принятия названного постановления Конституционного Суда РФ Государственная Дума установила новую очередность списаний в Федеральном законе «О федеральном бюджете на 1998 год». В соответствии со ст. 17 этого Закона впредь до внесения изменений в ст. 855 ГК установлено, что при недостаточности денежных средств на счете платежи в бюджет и государственные внебюджетные фонды, а также перечисление денежных средств для расчетов по оплате труда производятся в третью очередь, в порядке календарной очередности.

Указанное положение требует дополнительного толкования, которое может быть дано с двух позиций. Первая состоит в том, что данные отношения являются гражданско-правовыми, и ст. 17 Федерального закона «О федеральном бюджете на 1998 год» не должна применяться в соответствии с требованиями Федерального закона «О введении в действие части второй Гражданского кодекса Российской Федерации». Вторая позиция, и она представляется более обоснованной, состоит в том, что данная норма является публично-правовой, поскольку согласовывает разноотраслевые, в том числе и публичные, интересы; В этом плане в 1998 г. следовало бы руководствоваться ГК. В порядке совершенствования закона (de lege ferendae) можно предложить исключить данную норму из ГК и перенести ее в Федеральный закон «О банках и банковской деятельности», отказавшись от принципа очередности и сформулировав принцип пропорциональности.

**Ответственность банка** за ненадлежащее совершение операции по счету предусмотрена в случаях несвоевременного зачисления на счет поступивших клиенту денежных средств либо их необоснованного списания банком со счета, а также невыполнения указаний клиента о перечислении денежных средств со счета либо об их выдаче со счета. Банк обязан уплатить на эту сумму проценты в порядке и в размере, предусмотренных ст. 395 ГК (ст. 856 ГК).

Закон, во-первых, устанавливает основания такой ответственности, правда перечень этих оснований следует считать неполным, поскольку в тексте статьи содержится указание только на отдельные нарушения той или иной операции.

Так, говорится о несвоевременном зачислении и необоснованном списании средств, что является только своеобразной половиной возможных нарушений условий договора. С таким же успехом можно было бы указывать на необоснованное зачисление или несвоевременное списание.

Поэтому можно утверждать, что банк, как минимум, несет ответственность перед клиентом за: а) несвоевременное осуществление операций по счету, под которым следует понимать нарушение сроков операций, установленных договором или законом (не позже следующего дня после поступления платежных документов); б) необоснованное выполнение операций по счету, т.е. проведение их при отсутствии надлежащих оснований, например, по подложному документу, неправильно оформленному платежному документу; в) неправильное осуществление операций по счету, т.е. списание или зачисление не той суммы, которая должна была быть списана или зачислена; г) невыполнение иных указаний клиента, соответствующих условиям договора или банковской практике.

Кроме того, возник вопрос о моменте окончания соответствующих операций по счету, за исполнение которых банк несет ответственность. В частности, Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ разъяснил, что списание средств с расчетного счета не ограничивается фактом списания. Банк должен отавизовать списанную сумму в РКЦ для дальнейшего перечисления ее получателю. В то же время банк не несет ответственности за задержку сроков расчетных операций, возникшую по вине третьих лиц, участвующих в ее осуществлении, например, предприятий связи и др.

Во-вторых, закон дает указание о размере и способах исчисления ответственности банка, которое вызвало много сложных вопросов в судебной практике. Основные проблемы возникли по поводу оценки характера отсылки к ст. 395 ГК, а также в связи с тем, что ст. 31 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» установила, что ответственность банка выражается в уплате процентов в размере ставки рефинансирования ЦБ РФ. Более того, в арбитражной практике нередко к банкам применяли и санкцию, предусмотренную ст. 31 Закона и ст. 39 ГК.

В настоящее время арбитражная практика пошла по пути признания того, что обязательства банка по счету не являются денежными и оснований для самостоятельного применения ст. 395 ГК в случаях удержания денежных средств на корреспондентском счете банка нет. Ссылку на ст. 395 ГК следует воспринимать только как указание на способ исчисления процентов.

Но и в этом случае на практике проценты исчисляются не путем определения существующей в месте жительства (нахождения) кредитора учетной ставки банковского процента на день исполнения денежного обязательства, как это предусмотрено в ст. 395 ГК, а путем применения учетной ставки ЦБ РФ.

Кроме этого, применение комментируемой нормы об ответственности банка требует решения вопроса о возможности взыскания иных убытков, возникающих у клиента. Этот вопрос решается по общим нормам, т.е. необходимо доказывать наличие причинной связи между нарушениями, допущенными банком, и возникшими убытками.

При рассмотрении дел, возникших в связи с ненадлежащим совершением банком операций по счету, необходимо учитывать, что неустойка, предусмотренная ст. 856 ГК, является законной (ст. 332 ГК) и может быть применена к банку, обслуживающему клиента на основании договора банковского счета.

При рассмотрении споров, связанных с применением к банкам ответственности, предусмотренной ст. 856 ГК, следует исходить из того, что банк обязан зачислять денежные средства на счет клиента, выдавать или перечислять их в сроки, предусмотренные ст. 849 ГК. При просрочке исполнения этой обязанности банк уплачивает клиенту неустойку за весь период просрочки в размере учетной ставки банковского процента на день, когда операция по зачислению, выдаче или перечислению была произведена.

Просрочка банка в перечислении денежных средств служит основанием для уплаты неустойки на основании ст. 856 ГК РФ, если при внутрибанковских расчетах средства не были зачислены на счет получателя в том же банке в срок, установленный ст. 849 ГК, а при межбанковских расчетах – если поручения, обеспеченные предоставлением соответствующего покрытия (наличием средств на корреспондентском счете банка-плательщика у банка-посредника), не переданы в этот срок банку-посреднику.

При необоснованном списании, т.е. списании в сумме, большей, чем предусматривалось платежным документом, а также списании без соответствующего платежного документа либо с нарушением требований законодательства, неустойка начисляется со дня, когда банк необоснованно списал средства, и до их восстановления на счете – по учетной ставке ЦБ РФ на день восстановления денежных средств на счете. Если требование удовлетворяется в судебном порядке, то ставка процента должна быть определена на день предъявления иска либо на день вынесения решения.

**ТЕМА: РАСЧЕТНЫЕ ОТНОШЕНИЯ**

**1. Общие положения о расчетах**

**2. Расчеты платежными поручениями**

**3. Расчеты по аккредитиву**

**4. Расчеты по инкассо**

**5. Расчеты чеками**

**6. Расчеты с использованием банковских карт**

**1. Общие положения о расчетах**

1. Расчетные правоотношения возникают между двумя субъектами, связанными каким-либо обязательством, в силу которого плательщик должен передать получателю определенную сумму денег в установленный обязательством срок.

В российском законодательстве нет легального определения расчетных правоотношений, в связи с чем в юридической литературе неоднократно высказывались разные мнения об их правовой природе и сущности. В ходе обсуждения вопроса основной проблемой являлось признание расчетов самостоятельным видом правоотношений.

Несколько иначе проблему расчетов рассматривают экономисты и специалисты по банковскому делу.

Расчетные правоотношения рассматриваются как форма движения денег, а система безналичных расчетов представляет собой совокупность принципов организации расчетов, предъявляемых к ним требований, форм и способов расчетов.

Расчетные правоотношения необходимо рассматривать как единство нескольких свойств, каждое из которых имеет свое назначение и не может быть исключено из общего понятия.

Эти свойства состоят в том, что расчетные правоотношения одновременно являются:

а) элементом коммерческих договоров, предполагающим обязанность одной из сторон заплатить и охватываемым этим договором;

б) операциями, совершаемыми по договору банковского счета между клиентом и банком, включающими в себя списание и зачисление денег на счет;

в) операциями, совершаемыми в соответствии с корреспондентским соглашением банков или корреспондентским счетом банка;

г) правовой формой, опосредующей денежный оборот или движение денег, и регулируемой публично-правовыми нормами.

При этом важно, что ни одна из названных характеристик не существует и не может существовать самостоятельно и отдельно. Невозможно вообразить себе операции по счету без последующего движения денег, равно как и трудно представить расчетные операции между банками без платежей по договорам самих банков или их клиентов. Поэтому нельзя отказываться от какого-либо из направлений анализа, поскольку такой отказ повлечет ущербность понимания правового регулирования расчетов.

Анализ расчетных правоотношений как элемента возмездных договоров можно проводить, предварительно ответив на вопрос о том, каковы пределы свободы воли участников расчетных отношений? Сущность вопроса состоит в том, что, будучи элементом указанных договоров, расчетное правоотношение предполагает установление обязанности одной стороны – плательщика – заплатить и права другой стороны - получателя денег – требовать уплаты. Следовательно, плательщик является должником, а получатель – кредитором в расчетном правоотношении.

Но если расчетные обязательства устанавливаются договорами, то необходимо выяснить, какие именно параметры этих обязательств регулируются договором, а какие в принципе подпадают под такое регулирование. Для ответа на этот вопрос нужно обратиться к ст. 861 ГК, которая установила, что расчеты с участием граждан, не связанные с осуществлением ими предпринимательской деятельности, могут производиться наличными деньгами без ограничения суммы или в безналичном порядке. Расчеты между юридическими лицами, а также расчеты с участием граждан, связанные с их предпринимательской деятельностью, производятся в безналичном порядке. Расчеты между этими лицами возможны также наличными деньгами, если иное не установлено законом. Безналичные расчеты производятся через банки, иные кредитные организации (далее – банки), в которых открыты соответствующие счета, если иное не вытекает из закона и не обусловлено используемой формой расчетов.

Кроме этого, ст. 862 ГК допускает при безналичных расчетах использование платежных поручений, аккредитивов, чеков, инкассовых поручений, а также иных форм, предусмотренных законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами и применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота. Стороны по договору вправе избрать и установить в договоре любую из форм расчетов.

Из этих нормативных предписаний следует свобода выбора способов и форм расчетов, которая ограничивается видом деятельности (предпринимательская или любая иная) и статусом субъекта. Возможность выбора способа расчетов (наличными или безналичными деньгами) определяется частично свободой воли, а частично действующими на момент платежа нормативно-правовыми предписаниями. Что же касается форм расчетов, то приведенный в ст. 862 ГК их перечень следует считать примерным. Это означает, что стороны могут избрать для расчетов любую из названных форм либо воспользоваться иными, но эти иные формы расчетов должны быть применяемыми в банковской практике.

Кроме того, нужно иметь в виду, что собственно расчетные операции производятся банками в соответствии со ст. 31 Федерального закона «О банках и банковской деятельности» по правилам, формам и стандартам, установленным Банком России: при отсутствии правил проведения отдельных видов расчетов – по договоренности между собой; при международных расчетах – в порядке, установленном федеральными законами и правилами, принятыми в международной банковской практике.

Кредитная организация, Банк России обязаны перечислить средства клиента и зачислить средства на его счет не позже следующего операционного дня после получения соответствующего платежного документа, если иное не установлено федеральным законом, договором или платежным документом. В случае несвоевременного или неправильного зачисления на счет или списания со счета клиента денежных средств кредитная организация, Банк России выплачивают проценты на сумму этих средств по ставке рефинансирования Банка России.

В качестве правовой формы, опосредующей денежный оборот, расчетные правоотношения регулируются публично-правовыми нормами, которые устанавливают форму расчетов, вводят понятие законного платежного средства, устанавливают общие принципы расчетов. Закон непосредственно не может создать всеобщего орудия обмена, но создает законное платежное средство.

В современной российской юридической литературе понятие законного платежного средства разработано в трудах Л.А. Новоселовой, которая предлагает рассматривать в таком качестве только наличные банкноты и монеты Банка России. Правда, она указывает, что остатки средств на банковских счетах могут использоваться в качестве средства погашения денежных обязательств лишь в определенных случаях. В качестве таких случаев можно рассматривать согласие получателя, выраженное в указании в договоре на номер счета в банке, прямое предписание закона, например по поводу налоговых платежей и др. В качестве такого же прямого указания с известной долей условности можно рассматривать предписания ст. 861 ГК о необходимости осуществлять расчеты в безналичном порядке, если в них одной из сторон выступает юридическое лицо или субъект, осуществляющий предпринимательскую деятельность.

Основные нормативно-правовые предписания, регулирующие порядок расчетов, содержатся в настоящее время в гл. 46 ГК, которая может считаться общей для всех видов расчетов. Но статьями указанной главы ГК не исчерпывается перечень гражданско-правовых норм, соотносимых с расчетами. Ряд особенностей их осуществления по отдельным видам договоров содержатся в тех главах ГК, которые этим договорам посвящены. Так, особый порядок расчетов установлен при оплате энергии в соответствии со ст. 544 ГК, специальные правила оплаты строительного подряда устанавливаются в соответствии со ст. 746 ГК и т.д. Нормы, содержащиеся в отдельных главах по поводу тех или иных договоров, являются специальными.

На уровне частноправового регулирования следует также назвать договор сторон, признавая его нормативную функцию. Договорные предписания по поводу расчетов могут применяться в тех случаях, когда закон прямо отсылает к возможности формулирования в договоре каких-либо правил расчетов, равно как и тогда, когда закон не ограничивает свободу воли сторон.

В правовом регулировании расчетов значительное место занимают публично-правовые акты. В их числе прежде всего следует назвать Федеральный закон «О банках и банковской деятельности» и Федеральный закон «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)». В этих федеральных законах содержатся предписания по поводу компетенции Банка России в части регулирования расчетов, ответственности коммерческих банков перед клиентами за ненадлежащее осуществление расчетных операций, предельных сроках расчетов и др.

Публично-правовые нормы, регулирующие порядок расчетов содержатся в ряде иных нормативных правовых актов, которые могут быть классифицированы по общим правилам и критериям, в частности, по их юридической форме, органу, издавшему акт, видам расчетов и т.д.

К числу наиболее значимых из них нужно отнести Указание Банка России от 7 октября 1998 г. № 375-У «Об установлении предельного размера расчетов наличными деньгами в Российской Федерации между юридическими лицами»; Положение о межрегиональных электронных расчетах, осуществляемых через расчетную сеть Банка России, утвержденное ЦБ РФ 23 июня 1998 г. № 36-П; Положение о многорейсовой обработке платежей в Московском регионе, утвержденное ЦБ РФ 20 февраля 1998 г.; Положение о проведении безналичных расчетов кредитными организациями в Российской Федерации, утвержденное ЦБ РФ 25 ноября 1997 г. № 5-П; письмо ЦБ РФ от 9 июля 1992 г. № 14, которым утверждено Положение о безналичных расчетах в Российской Федерации, и др.

Расчеты на территории Российской Федерации, по общему-правилу, осуществляются в рублях. Именно противопоставление рублей иностранной валюте, а не разграничение между наличными и безналичными деньгами, подчеркивается в ст. 140 ГК. Использование какой-либо иностранной валюты для расчетов допускается в исключительных прямо предусмотренных случаях, перечень которых можно найти в валютном законодательстве.

Между юридическими лицами-резидентами использование иностранной валюты и платежных документов в иностранной валюте допускается в следующих случаях:

а) в расчетах между экспортерами и транспортными, страховыми и экспедиторскими организациями в случаях, когда услуги этих организаций по доставке, страхованию и экспедированию грузов входят в цену товара и оплачиваются иностранными покупателями;

б) при расчетах импортеров с транспортными, страховыми и экспедиторскими организациями за услуги по доставке грузов в советские морские и речные порты, на пограничные железнодорожные станции, грузовые склады и терминалы покупателей;

в) при расчетах за транзитные перевозки грузов через территорию России;

г) за услуги предприятий связи по аренде международных каналов связи для предприятий и организаций в случаях, если расчеты с иностранными владельцами средств коммуникации осуществляются предприятиями связи;

д) при оплате комиссионного вознаграждения организациям, выполняющим посреднические операции с иностранными партнерами по заказам поставщиков экспортной и покупателей импортной продукции;

е) при расчетах между поставщиками и субпоставщиками продукции (работ, услуг) на экспорт из валютной выручки, остающейся в распоряжении экспортеров;

ж) при оплате расходов банковских учреждений и посреднических внешнеэкономических организаций, если указанные расходы производились этими учреждениями и организациями или были предъявлены им нерезидентами в иностранной валюте, а также при оплате комиссий, которые взимаются банковскими учреждениями и посредническими внешнеэкономическими организациями для покрытия расходов в валюте;

з) при расчетах, связанных с получением коммерческого или банковского кредита в иностранной валюте и его погашением, а также при операциях по покупке и продаже иностранной валюты на внутреннем валютном рынке.

Положение «Об изменении порядка проведения в Российской Федерации некоторых видов валютных операций» № 39, утвержденное ЦБ РФ 24 апреля 1996 г., несколько расширило круг расчетных операций в иностранной валюте в основном за счет сделок купли-продажи валюты, а также получения и возврата кредитов в иностранной валюте и приобретения ценных бумаг в иностранной валюте.

Платежи осуществляются в наличном и безналичном порядке. Расчеты наличными деньгами выполняются без каких-либо ограничений, если одной из сторон расчетных правоотношений является гражданин, не ведущий предпринимательскую деятельность. Для предпринимательской деятельности устанавливаются ограничения для использования наличных денег, что служит одним из проявлений общей политики ограничения наличного обращения на территории государства, проводимой Банком России.

Нормативное оформление этого ограничения следует признать не вполне корректным и обоснованным. Дело в том, что ст. 861 ГК предусматривает возможность введения ограничений расчетов наличными федеральным законом. До настоящего времени такого закона принято не было. Вместо него сначала действовало постановление Правительства РФ от 17 ноября 1994 г. № 1258 «Об установлении предельного размера расчетов наличными деньгами в Российской Федерации между юридическими лицами». Затем Правительство РФ делегировало это свое уже не соответствующее ГК РФ право Совету директоров Банка России. 7 октября 1998 г. на основании решения Совета директоров Банка России от 1 октября 1998 г. (протокол № 59) было издано Указание ЦБ РФ № 375-У об установлении лимита расчетов наличными. Этот лимит соотносится с одним платежом и составляет: для расчетов между юридическими лицами сумму 10 тыс. руб., для предприятий потребительской кооперации за приобретаемые у юридических лиц товары, сельскохозяйственные продукты, сырье, а также для предприятий и организаций торговли Главного управления исполнения наказаний МВД России – 15 тыс. руб.

Указанный нормативный акт, как и аналогичные предыдущие, не давали понятия одного платежа. В соответствии со сложившимися обычаями делового оборота под одним платежом принято понимать расчетную операцию по одному платежному документу, в адрес одного лица, в течение одного операционного дня.

Виды расчетов могут выделяться по различным критериям, среди которых можно назвать способы расчета, формы расчетов, валюту платежа и т.д.

Так, если в качестве критерия классификации рассматривать способ платежа, то можно выделить наличные и безналичные расчеты, о которых уже шла речь выше. В зависимости от используемых форм расчетных документов выделяются те формы, которые прямо названы в ГК (платежные поручения, аккредитивы, инкассо, чеки), а также иные, выработанные практикой, в частности расчеты векселями, расчеты по контокорренту и др.

По субъектному составу можно выделить расчеты между гражданами-непредпринимателями, расчеты в предпринимательской сфере, межбанковские расчеты. Это не означает, что, например, расчеты между юридическими лицами осуществляются без участия банков, но когда речь идет о межбанковских расчетах, принимаются во внимание иные договорные связи и документы.

По территориальному признаку можно выделить расчеты в пределах одного субъекта РФ, и для них установлен более короткий срок;

расчеты на федеральном уровне и международные расчеты. Внутри последних обычно на основе специально заключенных межгосударственных соглашений выделяется подгруппа расчетов по клирингу.

Вне зависимости от видов платежа существуют некоторые общие правила расчетов: порядок совершения расчетов, их места и сроков исполнения.

Порядок расчетов представляет собой способ организации перечисления платежей. Он может прежде всего состоять в зачете взаимных требований плательщика и получателя по разным договорам. При этом платеж производится на основе сальдо взаимных требований платежным поручением или чеком.

При длительных и постоянных хозяйственных связях расчеты могут осуществляться плановыми платежами ежедневно либо в иные сроки. Таким образом расплачиваются потребители электроэнергии, покупатели сельскохозяйственной продукции. Этот порядок расчетов предполагает регулярную, не реже одного раза в месяц, сверку количества переданного товара, выполненных работ или услуг и соответствующих денежных средств. Выявленные расхождения, как правило, засчитываются в счет будущего выполнения взаимных обязательств.

Определенные особенности порядка расчетов прослеживаются в случае продажи товара в кредит или оплаты в рассрочку, равно как и при так называемой предварительной оплате. В этих ситуациях в расчетные отношения включаются элементы кредита.

По общему правилу, местом исполнения денежного обязательства является место жительства или нахождения кредитора, т.е. получателя денежных средств. Но в соответствии со ст. 316 ГК это место может быть изменено либо законом, либо иными правовыми актами, либо непосредственно договором. Например, местом исполнения платежа по налоговым правоотношениям считается место нахождения должника, т.е. налогоплательщика. По особым правилам определяется место платежа в международных расчетах и при расчетах векселями.

Сроки расчетных операций также определяются в основном законом или иными правовыми актами. Часть этих актов соотносится только с собственно расчетной операцией, другая часть регулирует сроки платежа по отдельным видам договоров.

**2. Расчеты платежными поручениями**

При расчетах платежным поручением банк обязуется по поручению плательщика за счет средств, находящихся на его счете, перевести определенную денежную сумму на счет указанного плательщиком лица в этом или ином банке в срок, предусмотренный законом или устанавливаемый в соответствии с ним, если более короткий срок не предусмотрен договором банковского счета либо не определяется примененными в банковской практике обычаями делового оборота (ст. 863 ГК).

Платежными поручениями через банк могут рассчитываться как его клиенты, так и лица, не имеющие счета в данном банке, если они, например, вносят наличные деньги в кассу банка. При расчетах платежными поручениями (банковский перевод) банк, принявший поручение, обязуется от своего имени, но за счет клиента-плательщика осуществить платеж третьему лицу – получателю средств. Банк обязан не только списать требуемую сумму со счета плательщика, но и обеспечить ее. перевод на счет получателя, открытый в том же или ином банке.

В соответствии с п. 1 ст. 863 ГК срок для банковского перевода от начала (т.е. от момента списания средств со счета плательщика) до конца (т.е. до момента зачисления средств) может устанавливаться законом, иными нормативными актами в соответствии с ним. Договором или банковскими обычаями могут устанавливаться более короткие сроки, чем определенные законом.

Содержание платежного поручения и представляемых вместе с ним расчетных документов и их форма должны соответствовать предусмотренным законом требованиям.

Пунктом 2.1 Положения о безналичных расчетах установлены требования к содержанию расчетных документов, включая платежные поручения, в соответствии с которыми они должны быть указаны следующие сведения:

а) наименование расчетного документа;

б) номер расчетного документа, число, месяц, год его выписки;

в) номер банка плательщика и его наименование;

г) наименование плательщика, номер его счета в банке;

д) наименование получателя средств, номер его счета в банке.

Кроме того, письмом ЦБ РФ от 1 марта 1996 г. № 245 предусмотрено, что расчетные документы должны включать очередность и срок платежа, а также идентификационный номер налогоплательщика.

Письмом ЦБ РФ от 14 октября 1997 г. № 529 было установлено, что платежное поручение оформляется на бланке формы 0401060 Общероссийского классификатора управленческой документации. В платежном поручении предусмотрено указание следующих реквизитов: по плательщику и получателю средств – идентификационного номера налогоплательщика (ИНН), наименования и номера счета в кредитной организации (филиале) или подразделении расчетной сети Банка России, по кредитным организациям – их наименования и места нахождения, банковского идентификационного кода (БИК) и номера счета для проведения расчетных операций. ИНН присваивается органами Министерства Российской Федерации по налогам и сборам при постановке налогоплательщиков на учет в налоговом органе и указывается в платежном поручении во всех случаях, когда он присвоен плательщику (получателю) денежных средств. БИК указывается для подразделений расчетной сети Банка России, кредитных организаций и тех филиалов кредитных организаций, которым он присвоен, в соответствии со «Справочником БИК РФ». Номера счетов плательщика и получателя денежных средств, а также номера счетов банков плательщика и получателя, по которым проводятся расчетные операции, проставляются в соответствующих полях платежного поручения.

При несоответствии платежного поручения предъявляемым требованиям банк может уточнить содержание поручения. Такой запрос должен быть сделан плательщику незамедлительно по получении поручения. При неполучении ответа в срок, предусмотренный законом или установленными в соответствии с ним банковскими правилами, а при их отсутствии – в разумный срок банк может оставить поручение без исполнения и возвратить его плательщику. Поручение плательщика исполняется банком при наличии средств на счете плательщика, если иное не предусмотрено договором между плательщиком и банком. Поручения исполняются банком с соблюдением очередности списания денежных средств со счета (ст. 855 ГК).

Банк, принявший платежное поручение плательщика, обязан перечислить соответствующую денежную сумму банку получателя средств для ее зачисления на счет лица, указанного в поручении. Следовательно, обязанность банка плательщика исполнить поручение клиента о переводе денежных средств считается выполненной в момент зачисления денег на счет получателя. С этого же момента может считаться прекращенным и денежное обязательство плательщика перед получателем средств, возникшее из договора поставки (купли-продажи, подряда и т.п.).

Неполученные получателем деньги должен искать банк, обслуживающий плательщика. Принимая к исполнению платежное поручение, соответствующее ст. 864 ГК, обслуживающий банк вправе привлекать для выполнения операций по перечислению денег другие банки (п. 2 ст. 865 ГК). Но ответственность за исполнение поручения он несет вплоть до зачисления денег в банк, обслуживающий получателя и на счет получателя (п. 1 ст. 865 ГК).

В соответствии с Положением о проведении безналичных расчетов кредитными организациями в Российской Федерации, утвержденным ЦБ РФ 25 ноября 1997 г. № 5-П, для выполнения поручения клиента банк может избрать любой из названных в этом акте путей расчетов:

через расчетную сеть Банка России; через кредитные организации по корреспондентским счетам «ЛОРО» и «НОСТРО»; через небанковские кредитные организации, осуществляющие расчетные операции;

через внутрибанковскую систему. При выборе этих путей банк должен руководствоваться интересами клиента. Но кого бы банк ни выбрал в качестве партнера для исполнения поручения клиента, в соответствии со ст. 313 ГК эти организации должны рассматриваться как третьи лица, за действия которых согласно ст. 403 ГК, несет ответственность должник, т.е. в данном случае банк.

Иногда в платежном поручении прямо указаны те банки, через которые должен быть осуществлен перевод, т.е. банк плательщика не выбирает, на кого возложить исполнение такого поручения – клиент все решает сам. В этих случаях было бы несправедливо возлагать ответственность на банк плательщика. Здесь, а также в других аналогичных ситуациях суд вправе привлечь к ответственности непосредственно виновный банк.

В любом случае обслуживающий банк должен проследить путь отправленных денег, представить клиенту все выписки об их списании и зачислении, а не только выписку о том, что деньги со счета списаны. К этому банку и следует предъявлять все требования об исполнении платежного поручения. Если окажется, что в допущенных нарушениях виноват банк, привлеченный к исполнению платежного поручения, суд может возложить ответственность на этот банк (ст. 866 ГК). Но самостоятельно никаких требований к привлеченному банку плательщик предъявлять не должен.

В соответствии с п. 3 ст. 865 клиент вправе требовать от банка информацию об исполнении поручения (отчета). Порядок оформления и требования к содержанию извещения об исполнении поручения должны предусматриваться законом, установленными в соответствии с ним банковскими правилами или соглашением сторон. Ни закон, ни банковские правила такой порядок не устанавливают и поэтому он может быть согласован в договоре.

Помимо разовых отчетов о произведенных операциях, которые в соответствии с п. 3 ст. 865 могут предоставляться клиенту только при получении от него соответствующего запроса, банк обязан с определенной в договоре периодичностью представлять клиенту отчет обо всех произведенных им операциях за соответствующий период (т.е. представлять выписку по счету).

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения поручения клиента банк несет ответственность не только за свои действия, но и за действия других банков, которым он поручил выполнение своей обязанности (ст. 403 ГК). Поэтому плательщик может предъявить соответствующее требование только к собственному банку, а последний вправе возместить уплаченное за счет банка- нарушителя.

Банк не несет ответственности, если несвоевременное зачисление средств имело место в результате нарушений, допущенных службой телеграфной связи.

**3. Расчеты по аккредитиву**

1. При расчетах по аккредитиву банк, действующий по поручению плательщика об открытии аккредитива и в соответствии с его указанием (банк-эмитент), обязуется произвести платежи получателю средств или оплатить, акцептовать или учесть переводной вексель либо дать полномочие другому банку (исполняющему банку) произвести платежи получателю средств или оплатить, акцептовать или учесть переводной вексель (ст. 867 ГК).

К банку-эмитенту, производящему платежи получателю средств либо оплачивающему, акцептующему или учитывающему переводной вексель, применяются правила об исполняющем банке. Совершение банком всех действий, которые свидетельствуют о его готовности выполнить поручение клиента, называется выставлением аккредитива.

Отношения по аккредитиву, возникающие между банком и клиентом-плательщиком, не охватываются теми отношениями, которые возникают между плательщиком и получателем, хотя и являются его следствием. Обособленный, абстрактный характер этих отношений выражается в том, что банки не обязаны проверять соответствие условий аккредитива (указаний об изменении условий, досрочном закрытии и т.п.) договору между плательщиком и получателем.

Поручение клиента банку выставить аккредитив оформляется в виде заявления на аккредитив (типовая форма 0401005). В соответствии с п. 5.8 Положения о расчетах в нем указываются следующие сведения: номер договора, по которому открывается аккредитив; срок действия аккредитива (число и месяц закрытия аккредитива); наименование поставщика; наименование банка, исполняющего аккредитив;

место исполнения аккредитива; полное и точное наименование документов, против которых производятся выплаты по аккредитиву; срок их представления и порядок оформления (полный развернутый срок представления и порядок оформления; полный развернутый перечень может указываться в приложении к заявлению); вид аккредитива с указанием по нему необходимых данных, для отгрузки каких товаров (оказания услуг) открывается аккредитив; срок отгрузки (оказания услуг); способ реализации аккредитива.

Условием исполнения аккредитива может быть акцепт уполномоченного представителя плательщика. В аккредитивное заявление могут включаться и другие дополнительные условия: об отгрузке товаров в определенных пунктах назначения; о запрете производить частичные выплаты; о соблюдении определенного способа транспортировки груза и т.п.

Основания для закрытия аккредитива предусмотрены в ст. 873 ГК, и круг их является исчерпывающим:

а) аккредитив может быть закрыт в связи с истечением срока его действия в исполняющем банке, определенном плательщиком в аккредитивном заявлении;

б) до истечения срока он может быть закрыт по заявлению получателя средств, если такая возможность предусмотрена условиями аккредитива. Если она отсутствует, исполняющий банк не должен выполнять распоряжение получателя средств о закрытии аккредитива;

в) по требованию плательщика, если аккредитив является отзывным.

О закрытии аккредитива исполняющий банк должен уведомить банк-эмитент, а последний – плательщика.

Законодательство не указывает срок возврата неиспользованной суммы аккредитива в банк-эмитент. Поэтому такой возврат должен быть осуществлен в период, обычный для совершения операций по перечислению средств: не позднее следующего банковского дня после поступления в исполняющий банк соответствующего документа или истечения соответствующего срока.

На практике возник вопрос о нормативном регулировании аккредитивов и, в частности, о возможности применения на территории России Унифицированных правил и обычаев для документальных аккредитивов (публикация МТП № 500, редакция 1994 г.). Долгое время считалось, что этот акт не должен применяться. В настоящее время можно считать обоснованным подход, когда Унифицированные правила рассматриваются как договорные условия аккредитива.

При аккредитивной форме расчетов в банковских операциях могут участвовать несколько субъектов. Банк, получивший заявление клиента и обязанный выставить аккредитив, называется банком-эмитентом. Когда получатель средств (бенефициар) обслуживается тем же банком, что и плательщик, банк-эмитент исполняет выставленный им аккредитив самостоятельно. Но если получатель средств обслуживается другим банком, то аккредитив должен быть выставлен банком-эмитентом в банке получателя средств, который его и исполняет (исполняющий банк). Кроме того, в операциях может участвовать авизующий банк, т.е. банк, сообщающий бенефициару о выставлении аккредитива. В некоторых случаях к операциям привлекается подтверждающий банк, принимающий на себя гарантию платежа по аккредитиву.

В качестве плательщика по аккредитиву чаще всего выступают покупатели. При этом поставщик вправе не производить поставку, если покупатель не открыл аккредитив на условиях, предусмотренных договором. Но несвоевременное открытие аккредитива не должно влечь ответственности в виде взыскания процентов по ст. 395 ГК.

Это обстоятельство особо отмечено в информационном письме Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 15 января 1999 г. № 39, которым до судов доведен Обзор практики рассмотрения споров, связанных с использованием аккредитивной и инкассовой форм расчетов. Но если покупатель открыл аккредитив на условиях, не предусмотренных договором, то поставщик вправе отсрочить поставку.

Банк-эмитент, исполняя аккредитивное заявление, не обязан проверять соответствие условий заявления договору плательщика с получателем средств. Более того, недействительность договора, по которому проводится платеж, не влечет недействительности обязательств банков по аккредитиву. Точно так же банк не несет ответственности за существование товара, указанного в представленных ему документах.

Аккредитивы могут быть покрытыми (депонированными), если при их открытии банк-эмитент перечисляет собственные средства плательщика или предоставленный ему кредит в распоряжение исполняющего банка на отдельный балансовый счет - «Аккредитивы» на весь срок действия обязательств банка-эмитента. Непокрытые аккредитивы могут открываться в исполняющем банке путем предоставления ему права списывать всю сумму аккредитива с ведущегося у него счета банка-эмитента. Разумеется, происходит это при наличии между банками прямых корреспондентских отношений. Такой аккредитив считается гарантированным.

В зависимости от возможности вносить изменения в аккредитив или отзывать его все аккредитивы делятся на отзывные и безотзывные. Отзывным признается аккредитив, который может быть изменен или отменен банком-эмитентом без предварительного уведомления получателя средств. Отзыв аккредитива не создает каких-либо обязательств банка-эмитента перед получателем средств.

Обо всех распоряжениях плательщика, изменяющих или досрочно отменяющих отзывный аккредитив, банк-эмитент должен уведомлять исполняющий банк, а последний – получателя средств. Если до получения исполняющим банком такого уведомления получатель средств уже представил документы, отвечающие первоначальным условиям аккредитива, исполняющий банк должен осуществить платеж или иные операции по нему на прежних условиях.

Безотзывным признается аккредитив, который не может быть отменен без согласия получателя средств. По просьбе банка-эмитента исполняющий банк, участвующий в аккредитивной операции, может подтвердите безотзывный аккредитив (подтвержденный аккредитив). Такое подтверждение означает принятие исполняющим банком дополнительного к обязательству банка-эмитента обязательства произвести платеж в соответствии с условиями аккредитива.

Безотзывный аккредитив, подтвержденный исполняющим банком, не может быть изменен или отменен без согласия исполняющего банка (ст. 869 ГК). При нарушении этой нормы последний имеет право предъявить к банку-эмитенту требование о возмещении убытков, основанное на аккредитивной сделке, а к плательщику – об осуществлении расчетов на основании договора поставки (подряда и т.п.), из которого возникло денежное обязательство.

Разновидностью безотзывного аккредитива является подтвержденный аккредитив. Исполняющий банк подтверждает безотзывный аккредитив по просьбе банка-эмитента. Такое подтверждение означает, что исполняющий банк принимает на себя наряду с банком-эмитентом обязательство по аккредитиву. Если получатель средств выполнит условия аккредитива, каждый из этих банков будет нести перед ним самостоятельную ответственность, а он вправе предъявить соответствующие требования любому из банков или плательщику – по своему выбору.

Безотзывный подтвержденный аккредитив может быть изменен пли отменен лишь с согласия получателя средств или исполняющего банка. Каждый аккредитив должен ясно указывать, является ли он отзывным или безотзывным. При отсутствии такого условия аккредитив является отзывным.

Для исполнения аккредитива получатель средств представляет в исполняющий банк документы, подтверждающие выполнение всех условий аккредитива. В соответствии с п. 5.8 Положения о расчетах заявление об открытии аккредитива должно содержать полное и точное наименование документов, против которых производятся выплаты по аккредитиву, срок их предоставления и порядок оформления. Документы, необходимые для исполнения аккредитива, должны быть представлены получателем средств исполняющему банку до истечения срока аккредитива. Они должны подтверждать выполнение всех его условий. При нарушении хотя бы одного из этих условий аккредитив не исполняется.

Если аккредитивное поручение, данное плательщиком с нарушением формы, принято к исполнению банком, последний несет ответственность за его надлежащее исполнение.

Если исполняющий банк отказывает в принятии документов, которые по внешним признакам не соответствует условиям аккредитива, он обязан незамедлительно проинформировать об этом получателя средств и банк-эмитент с указанием причин отказа (ст. 871 ГК).

Оценивая документы, представленные получателем средств, исполняющий банк должен определить, соответствуют ли они условиям аккредитива по формальным признакам. Этот банк проверяет правильность оформления реестра счетов, соответствие подписи и печати поставщика на нем заявленным образцам и т.п.

В соответствии с п. 5.11 Положения о расчетах не должны приниматься к оплате реестры счетов, в которых не указаны даты отгрузки товаров, номера товарно-транспортных документов, номера почтовых квитанций (при отправке товаров через предприятие связи), номера и даты приемо-сдаточных документов и вид транспорта, которым отправлен груз, при приеме товара представителем покупателя на месте у поставщика. Если условиями аккредитива предусмотрен акцепт уполномоченного покупателя, проверяется наличие акцептной надписи и соответствие подписи уполномоченного лица представленным образцам,

При этом банк-эмитент не обязан проверять соответствие условий заявления на аккредитив договору плательщика с получателем средств. Так, организация–получатель средств по аккредитиву обратилась в арбитражный суд с иском к банку-эмитенту (одновременно являющемуся и исполняющим банком) о выплате сумм с аккредитива. Получатель указывал, что банк в нарушение условий договора получателя средств с плательщиком открыл аккредитив на срок, меньший, чем было указано в договоре поставки. Получатель обратился к банку с требованием о выплате средств до срока, определенного в договоре, но банк отказался выполнить требование в связи с закрытием аккредитива.

Арбитражный суд иск удовлетворил, мотивируя свое решение тем, что банк-эмитент при открытии аккредитива был обязан проверить соответствие заявления на аккредитив договору, заключенному между плательщиком и получателем средств, поскольку этот договор представлялся банку при открытии аккредитива.

Апелляционная инстанция отменила решение суда и в иске отказала со ссылкой на п. 3 ст. 845 ГК, согласно которому банк не вправе определять и контролировать направления использования денежных средств клиента и устанавливать другие, не предусмотренные законом или договором банковского счета ограничения его права распоряжаться денежными средствами по своему усмотрению. При расчетах по аккредитиву банк-эмитент действует по поручению плательщика об открытии аккредитива и в соответствии с его указанием (п. 1 ст. 867 ГК). Поэтому банк был не вправе отказаться от исполнения надлежаще оформленного заявления на аккредитив на том основании, что оно не соответствовало договору клиента с получателем средств. Банк не обязан проверять соответствие условий заявления договору, даже если ссылка на данный договор имеется в аккредитиве. Кроме того, банк несет ответственность перед получателем средств только на условиях открытого им аккредитива.

При расчетах с аккредитива банк не несет ответственности за проверку фактического исполнения договора купли-продажи. Так, организация-плательщик обратилась в арбитражный суд с иском к банку-эмитенту и исполняющему банку о возмещении сумм, неосновательно выплаченных получателю средств с аккредитива. Плательщик указывал, что исполняющий банк не должен был производить выплаты на основании представленных документов, поскольку реально товар не отгружался.

Организация – получатель денежных средств фактически прекратила существование, в связи с чем возврат полученных ею средств невозможен. Факт изготовления сотрудниками организации-получателя поддельных товарно-транспортных документов был подтвержден приговором суда по уголовному делу.

Арбитражный суд исковые требования удовлетворил за счет исполняющего банка, указав, что он не проверил надлежащим образом представленные ему документы. Ссылка банков на отсутствие своей вины в причинении истцу ущерба не была принята судом во внимание, поскольку в соответствии с п. 3 ст. 401 ГК банки как лица, ненадлежащим образом исполнившие обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности, несут ответственность и при отсутствии вины, если иное не предусмотрено законом или договором.

Апелляционная инстанция решение отменила и в иске отказала, исходя из следующего. Как следует из положений п. 1 ст. 871 ГК, банк вправе отказать в выплате при несоответствии документов условиям аккредитива по внешним признакам. Таким образом, при расчетах с аккредитива на банк возлагается обязанность проверки представленных получателем средств документов, а не факта поставки товаров. На банк не может возлагаться ответственность за несоответствие документов реальному положению дел, если такое несоответствие не могло быть выявлено исключительно не основании документов и банк действовал осмотрительно и с разумной тщательностью.

Выплаты с аккредитива должны были производиться по представлении копий товарно-транспортных накладных и упаковочных листов. Указанные документы, а также реестр счетов, требовавшийся по условиям данного аккредитива, в исполняющий банк были представлены.

Фальсификация документов могла быть установлена лишь при использовании специальных технических средств и при обычном осмотре сотрудникам банка ее невозможно было выявить, что подтверждается материалами проведенной по уголовному делу экспертизы. Истцом не были представлены доказательства, подтверждающие причастность сотрудников банков к мошенническим действиям получателя.

Поскольку банки действовали в соответствии с условиями аккредитивного обязательства и не допустили каких-либо нарушений, отсутствуют основания для привлечения их к ответственности за ненадлежащее исполнение аккредитивного поручения. Ссылка суда на положения ст. 401 ГК неосновательна, поскольку при отсутствии самого факта правонарушения не может ставиться вопрос об основаниях ответственности.

Не влияет на аккредитив также судьба договора, в оплату которого открыт аккредитив. Например, организация-плательщик обратилась в арбитражный суд с иском к получателю средств, банку-эмитенту и исполняющему банку о взыскании сумм, выплаченных получателю с открытого для него аккредитива. При этом истец ссылался на ранее принятое решение суда, согласно которому Договор купли-продажи между плательщиком и получателем средств был признан судом недействительным.

Поскольку банк-эмитент не является стороной договора купли-продажи, его обязательство является самостоятельным.

Ответственность за нарушение условий аккредитива перед плательщиком несет банк-эмитент, а перед банком-эмитентом – исполняющий банк, за исключением случаев, предусмотренных настоящей статьей.

При необоснованном отказе исполняющего банка в выплате денежных средств по покрытому или подтвержденному аккредитиву ответственность перед получателем средств может быть возложена на исполняющий банк.

В случае неправильной выплаты исполняющим банком денежных средств по покрытому или подтвержденному аккредитиву вследствие нарушения условий аккредитива ответственность перед плательщиком может быть возложена на исполняющий банк (ст. 872 ГК).

Как видим, по общему правилу, ответственность за неисполнение или ненадлежащее исполнение аккредитивной операции носит договорный характер. Поэтому банк-эмитент несет ответственность перед плательщиком, а исполняющий банк – перед банком-эмитентом. Учитывая, что аккредитив является денежным обязательством банка-эмитента, при необоснованном отказе исполняющего банка выплатить получателю средств соответствующую сумму последний может предъявить свои требования именно к банку-эмитенту.

В принципе распределение ответственности в аккредитивных обязательствах нуждается в, подробном обсуждении и на основе этого – оптимизации. Многие проблемы требуют не только правового, но и экономико-технического анализа, что явно выходит за пределы правовой науки. Сложившаяся практика дает основание для формирования нескольких выводов, закрепленных в упомянутом ранее информационном письме Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации № 39. В частности, следуя в обратном порядке от исполнения аккредитива, нужно иметь в виду, что исполняющий банк, возместивший плательщику неосновательно выплаченные с аккредитива суммы, имеет право требовать их возврата от получателя средств. Удовлетворение таких исков происходит на основании ст. 1102, 1107 ГК, поскольку продавец, получив полностью оплату за товар и не выполнив свои обязательства по его передаче, неосновательно обогатился за счет покупателя. Покупатель получает возмещение неосновательно выплаченных продавцу средств от банка, следовательно, банк имеет право требовать возврата этих средств от получателя.

Далее, истечение срока действия аккредитива не является основанием для освобождения исполняющего банка от ответственности за неосновательный отказ в выплате средств, если документы были предъявлены получателем до истечения этого срока. Если требование о выплате средств с приложением требуемых по условиям аккредитива документов было заявлено до истечения срока действия аккредитива, то иск получателя средств о применении к банку мер ответственности, в том числе предусмотренных ст. 395 ГК, на основании п. 2 ст. 872 ГК может быть предъявлен в течение общего срока исковой давности. Возврат депонированной суммы плательщику не признается судом в качестве обстоятельства, освобождающего исполняющий банк от ответственности перед получателем за неосновательный отказ в выплате средств по покрытому подтвержденному аккредитиву, поскольку исполняющий банк вправе требовать от банка-эмитента возмещения расходов, связанных с выплатой средств в соответствии с условиями аккредитива. Ответственность перед плательщиком может быть возложена на исполняющий банк в случаях, предусмотренных п. 3 ст. 872 ГК.

Банк-эмитент, в свою очередь, обязан возместить исполняющему банку выплаченные в соответствии с условиями аккредитива суммы независимо от возможности их возмещения плательщиком. При удовлетворении таких исковых требований арбитражный суд должен руководствоваться п. 2 ст. 867 ГК, устанавливающим, что в случае открытия непокрытого (гарантированного) аккредитива исполняющему банку предоставляется право списывать всю сумму аккредитива с ведущегося у него счета банк-эмитента. Суд также может сослаться на п. 2 ст. 870 ГК, согласно которому, если исполняющий банк произвел платеж в соответствии с условиями аккредитива, банк-эмитент обязан возместить ему понесенные расходы. Отсутствие фактической возможности получения возмещения от плательщика не влияет на обязательства банка-эмитента перед исполняющим банком.

Подтверждающий банк может нести ответственность перед получателем средств на основании ст. 395 ГК.

**4. Расчеты по инкассо**

При расчетах по инкассо банк (банк-эмитент) обязуется по поручению клиента выполнить за счет клиента действия по получению от плательщика платежа и (или) акцепта платежа.

Термин «инкассовые операции» используется для обозначения различных действий коммерческих банков, направленных на получение от должника (плательщика) платежа или акцепта. Они совершаются на основании инкассового поручения получателя-платежа, от его имени и за его счет.

Банк, получивший от клиента инкассовое поручение, называется банком-эмитентом. Банк-эмитент, получивший поручение клиента, вправе привлекать для его выполнения иной банк. Банк, который предъявляет требование о совершении платежа или акцепта непосредственно обязанному лицу, называется исполняющим банком.

В случае неисполнения или ненадлежащего исполнения поручения клиента банк-эмитент несет перед ним ответственность. Если неисполнение или ненадлежащее исполнение поручения клиента имело место в связи с нарушением правил совершения расчетных операций исполняющим банком, ответственность перед клиентом может быть возложена на этот банк.

Платежи в порядке инкассо могут осуществляться как с акцептом, так и без акцепта плательщика – в случаях, предусмотренных законодательством (п. 2 ст. 854).

Если расчеты осуществляются с акцептом плательщика (акцептная форма) или речь идет только о получении акцепта от обязанного лица, то на банк-эмитент возлагаются следующие обязанности:

а) обеспечить предъявление обязанному лицу требования о совершении платежа и (или) акцепта вместе с соответствующими документами;

б) обеспечить зачисление на счет получателя соответствующих средств или вручить ему акцептованные документы, если платеж или акцепт был произведен плательщиком.

Если расчеты осуществляются без акцепта плательщика, а представленные получателем документы полностью соответствуют требованиям законодательства, то на банк-эмитент возлагается обязанность обеспечить бесспорное (безакцептное) списание средств со счета плательщика – при наличии на нем денег и зачислить полученную сумму на счет получателя платежа.

Банк-эмитент, получивший поручение клиента, вправе привлекать для его выполнения иной банк (исполняющий банк), направив ему соответствующие документы. Законодательство РФ о совершении инкассовых операций допускает направление расчетных документов из банка в банк при отсутствии между ними договорных отношений.

При инкассовой форме расчетов платеж считается произведенным при списании средств со счета плательщика. Так как при расчетах в порядке инкассо денежное обязательство плательщика считается исполненным в момент списания средств с его счета, то в дальнейшем получатель платежа приобретает право требовать соответствующую сумму от банков, участвующих в инкассовой операции.

Исполнение инкассового поручения зависит от формы расчетов. При акцептной форме расчетов банк, получивший от банка-эмитента инкассовое поручение вместе с необходимыми документами, обязан совершить для его исполнения следующие действия:

а) произвести формальную проверку поступивших документов с точки зрения их соответствия законодательству, банковским правилам и обычаям;

б) предъявить поступившие документы плательщику для акцепта;

в) в случае акцепта плательщиком поступившего требования и наличия денег на счете списать средства и обеспечить их перевод в банк получателя платежа для зачисления на его счет.

При бесспорном (безакцептном) списании средств он обязан:

а) произвести формальную проверку поступивших документов с точки зрения их соответствия законодательству, банковским правилам и обычаям;

б) при наличии денег на счете плательщика списать требуемую сумму и обеспечить ее перевод в банк получателя платежа для зачисления на его счет.

При проверке инкассового поручения и приложений к нему определяется правильность их оформления, заполнения реквизитов, ссылок на нормативные акты и т.п. При этом документы, прилагаемые к инкассовому поручению, должны соответствовать ему по внешним признакам. Если банк выявит какие-либо недостатки в предъявленных ему документах, препятствующие исполнению поручения, он обязан немедленно известить лицо, от которого это поручение было непосредственно получено. Таким лицом может быть либо банк-эмитент, либо сам получатель средств.

Если расчеты осуществляются с согласия (акцепта) плательщика, то исполняющий банк обязан предъявить ему соответствующий экземпляр расчетного документа вместе с прилагаемыми к нему документами, если таковые имеются. Документы предъявляются плательщику для акцепта в той форме, в которой они получены, за исключением отметок и надписей банка, необходимых для оформления инкассовой операции.

Плательщик вправе отказаться от акцепта платежных требований по основаниям, предусмотренным в договоре, с обязательной ссылкой на его пункт и указанием мотива отказа. Отказ от акцепта составляется по установленной форме. При неполучении в трехдневный срок отказа от акцепта платежные требования считаются акцептованными и подлежат оплате.

Долговые документы исполняющий банк предъявляет плательщику в срок, установленный ими для исполнения соответствующего денежного обязательства. Поэтому совершенно необходимо, чтобы они поступили в исполняющий банк заблаговременно. В противном случае последний не может нести ответственность за несвоевременное предъявление долговых документов обязанному лицу.

Если документы подлежат оплате по предъявлении, исполняющий банк должен представить их к платежу немедленно по получении. Если же документы подлежат оплате в иной срок, он должен представить их к акцепту немедленно, а к платежу – в день наступления срока исполнения соответствующего денежного обязательства, обозначенного в самом документе.

Средства, списанные со счета плательщика (инкассированные суммы), исполняющий банк обязан немедленно перечислить в распоряжение банка-эмитента. Требование ГК о «немедленном» совершении исполняющим банком указанных действий означает, что он должен выполнить их без промедления в сроки, определяемые банковскими правилами и банковскими обычаями для расчетных операций.

При определении срока проведения инкассовых операций суд учитывает особенности их проведения. Так, получатель средств обратился в арбитражный суд с исковым требованием о возмещении обслуживающим его банком убытков, возникших вследствие просрочки исполнения платежного требования-поручения, которое было исполнено и средства по которому были зачислены на счет истца через 15 дней после зафиксированной даты передачи поручения банку. Поскольку расчеты производились с плательщиком, находящимся в другой области, истец полагал, что безналичные расчеты должны были быть произведены в срок, установленный ст. 80 Закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)». В соответствии с требованиями этой нормы общий срок безналичных расчетов не должен превышать пяти операционных дней в пределах Российской Федерации.

Однако при проведении расчетов в форме инкассо банки выполняют ряд действий, не связанных с самим перечислением денежных средств: по направлению платежных требований к месту платежа, предъявлению их к акцепту и т.п. Исходя из этого, арбитражный суд в решении указал, что в данном случае при определении срока, в пределах которого банк получателя средств обязан обеспечить зачисление средств получателю, следует принимать во внимание сроки совершения операций по счетам (ст. 849 ГК), сроки пробега документов, направляемых банку плательщика, а также сроки, установленные банковскими правилами для акцепта этих документов плательщиком.

Поскольку истец не учитывал указанных выше сроков и не исключил из общего срока нерабочие дни (которые не являются операционными), арбитражный суд пришел к выводу об отсутствии факта просрочки исполнения поручения со стороны банка-ответчика.

Исполняющий банк вправе удержать при инкассированнии причитающееся ему вознаграждение, возмещение издержек и расходов.

Исполняющий банк обязан принимать и исполнять платежные требования лишь при наличии соглашения об этом с владельцем счета – плательщиком. Например, в договоре поставки стороны установили форму расчетов платежными требованиями, и получатель средств передал платежные требования обслуживающему его банку, который в дальнейшем отправил их банку плательщика. Однако банк плательщика возвратил эти требования без исполнения, указав, что договором банковского счета с плательщиком использование такой формы расчетов не предусмотрено.

Арбитражный суд в иске отказал, исходя из следующего. Положением о безналичных расчётах в Российской Федерации такая форма расчетов, как расчеты платежными требованиями, не регулируется. В письме Центрального банка Российской Федерации от 9 июля 1992 г. отмечалось, что банки вправе принимать платежные требования «в соответствии с заключенными договорами».

Поскольку в данном случае ни соглашением между банками, ни договором между плательщиком и обслуживающим его банком такой формы расчетов не было предусмотрено, банк правомерно отказался от принятия и исполнения направленного его клиенту платежного требования.

Положения ст. 848 ГК, устанавливающей обязанность банка совершать для клиента операции, предусмотренные применяемыми в банковской практике обычаями делового оборота, если иное не предусмотрено договором, на которую ссылался истец в обоснование своих требований, не могут рассматриваться как обязывающие банк исполнить платежное требование. В данном случае банковские правила предусматривают применение такой формы расчетов (платежными требованиями) лишь при наличии соглашения между участвующими в проведении этой операции клиентами и их банками.

**5. Расчеты чеками**

Расчеты чеками обладают существенными особенностями, в основном предопределяемыми тем, что чеком признается ценная бумага, содержащая ничем не обусловленное распоряжение чекодателя банку произвести платеж указанной в нем суммы чекодержателю. Подробное регулирование расчетов чеками нормами ГК приближает чековое законодательство к положениям Единообразного закона о чеках, принятого Женевской конвенцией 1931 г.

Безусловный характер платежа по чеку означает независимость обязательства оплатить указанную в чеке сумму от условий и действительности сделки, во исполнение которой выдан чек. Недействительность данной сделки не является основанием для отказа произвести платеж по чеку.

Выдача чека не погашает денежного обязательства, во исполнение которого он выдан. Чек не является платежным средством. Его выдача не означает совершение платежа, а лишь указывает на замену предшествовавшего отношения новым, которое возникает между чекодателем, чекодержателем и иными обязанными по чеку лицами. Обязанность должника по обязательству, во исполнение которого был выдан чек (например, обязанность покупателя оплатить товар), прекращается лишь после платежа по чеку.

Чек – ценная бумага и должен содержать установленные ГК обязательные реквизиты, отсутствие которых лишает чек юридической силы. Наличие в чеке дополнительных условий не влияет на его действительность. Чек должен содержать:

1) наименование «чек», включенное в текст документа;

2) поручение плательщику выплатить определенную денежную сумму;

3) наименование плательщика и указание счета, с которого должен быть произведен платеж;

4) указание валюты платежа;

5) указание даты и места составления чека;

6) подпись лица, выписавшего чек, – чекодателя.

Чек, не указывающий места его составления, рассматривается как подписанный в месте нахождения чекодателя. Указание о процентах считается ненаписанным.

Форма чека на территории РФ в настоящее время должна соответствовать требованиям постановления Президиума Верховного Совета РФ от 13 января 1992 г. «О введении в хозяйственный оборот чеков нового образца». Порядок заполнения чека установлена Правилами расчетов чеками на территории Российской Федерации (приложение к письму ЦБР от 20 января 1993 г. № 18-11/52).

Чек оплачивается за счет средств чекодателя. Указанную в чеке сумму банк-плательщик выдает чекодержателю за счет средств, находящихся на счете чекодателя, либо за счет средств, депонированных им на отдельном счете, но не свыше той суммы, которую банк гарантировал по согласованию с чекодателем. При временном отсутствии средств на счете чекодателя банк, по согласованию с чекодателем, может оплатить чек за счет собственных средств.

Чекодержателя и плательщика не связывают какие-либо обязательства. Обязанность плательщика оплатить чек вытекает из договора банковского счета, заключенного чекодателем с банком-плательщиком. В случае депонирования средств порядок и условия депонирования средств для покрытия чека устанавливаются банковскими правилами.

Плательщиком по чеку выступает банк, где чекодатель имеет средства, которыми он вправе распоряжаться путем выставления чеков. Лицо, Оплатившее чек, вправе потребовать передачи ему чека с распиской в получении платежа.

Чекодержателем является любое физическое или юридическое, лицо, которому выдан чек для предъявления его к оплате.

Платеж по чеку может быть полностью или частично гарантирован еще одним участником расчетов – авалистом. Аваль по чеку может даваться любым лицом за исключением плательщика (ст. 881 ГК).

Аваль проставляется на лицевой стороне чека или на дополнительном листе путем надписи «считать за аваль» и указания, кем и за кого он дан. Если не указано, за кого он дан, то считается, что аваль дан за чекодателя. Аваль подписывается авалистом с указанием места его жительства и даты совершения надписи, а если авалистом является юридическое лицо, – места его нахождения и даты совершения надписи.

Авалист отвечает так же, как и тот, за кого он дал аваль. Ответственность авалиста определяется ответственностью того лица, за которого дана гарантия. Гарантия платежа по чеку может быть дана за чекодателя либо индоссанта. Авалист освобождается от ответственности лишь в случае, если несоблюдение формы (например, отсутствие какого-либо из обязательных реквизитов) лишает документ силы чека. Недействительность обязательства, вытекающего из чека, по другим основаниям (помимо дефекта формы) не исключает ответственности авалиста.

Его обязательство действительно даже в том случае, если обязательство, которое он гарантировал, окажется недействительным по какому бы то ни было основанию, иному, чем несоблюдение формы. Авалист, оплативший чек, приобретает права, вытекающие из чека, против того, за кого он дал гарантию, и против тех, кто обязан перед последним.

В случаях, когда чек не может быть по тем или иным причинам оплачен, чекодержатель может обратиться к нотариусу, который вправе совершить протест.

Чек подлежит оплате плательщиком при условии предъявления его к оплате в срок, установленный законом. До введения в действие части второй ГК этот срок регулировался ст. 21 Положения о чеках, которая соответствовала Единообразному закону о чеках.

ГК не устанавливает конкретный срок оплаты чека. Правила расчетов чеками на территории РФ предусматривают, что чек предъявляется к оплате в 10-дневный срок со дня выписки. Представляется, что в случаях, когда чек выписан за пределами России, он должен быть предъявлен к оплате в следующие сроки: в течение 20 дней – выписанный на территории стран СНГ, и в течение 70 дней – выписанный на территории какого-либо другого государства.

Плательщик по чеку обязан удостовериться всеми доступными ему способами в подлинности чека, а также в том, что предъявитель чека является уполномоченным по нему лицом. Плательщик обязан проверить подлинность чека и правомочия чекодержателя путем сверки данных и подписи чекодателя, номера его счета с соответствующими сведениями, указанными в чековой карточке. При оплате индоссированного чека плательщик обязан проверить правильность индоссаментов, но не подписи индоссантов.

Убытки, возникшие вследствие оплаты плательщиком подложного, похищенного или утраченного чека, возлагаются на плательщика или чекодателя в зависимости от того, по чьей вине они были причинены. Убытки, возникшие в результате оплаты чека, не отвечающего установленным требованиям, либо содержащего сведения, не соответствующие данным чековой карточки, несет банк-плательщик. Во всех случаях, когда вина плательщика в оплате чека, предъявленного к оплате недобросовестным приобретателем, не доказана, убытки несет чекодатель.

Права по чеку передаются в порядке, установленном ст. 146 ГК, с соблюдением специальных правил. Они состоят в том, что именной чек не подлежит передаче. В переводном чеке индоссамент на плательщика имеет силу расписки за получение платежа. Индоссамент, совершенный плательщиком, недействителен.

Лицо, владеющее переводным чеком, полученным по индоссаменту, считается его законным владельцем, если оно основывает свое право на непрерывном ряде индоссаментов.

Поскольку чек является ценной бумагой, то в определенных случаях допускается передача прав по чеку путем индоссамента. При этом в расчетах чеками косвенно участвует индоссант или несколько индоссантов.

Индоссамент должен быть написан на обороте чека или на присоединенном к нему листке, содержать подпись индоссанта и дату совершения индоссамента.

Посредством индоссамента могут передаваться ордерные чеки.

Индоссамент может быть именным, если в нем указано лицо, которому передается чек, и бланковым, если такое лицо не указано. Передача чека посредством индоссамента может быть совершена любому лицу. Число индоссаментов не ограничивается.

ГК, в отличие от ранее действовавшего Положения о чеках, не предусматривает именной индоссамент, содержащий оговорку «не приказу», что исключало дальнейшую передачу чека.

Индоссамент не может быть обусловлен каким-либо обстоятельством. Любое ограничивающее его условие не имеет юридической силы. Индоссант несет ответственность за оплату чека солидарно с чекодателем, авалистами, другими индоссантами.

Иногда чеки представляются не в банке чекодателя, а передаются на инкассо банку, обслуживающему чекодержателя. Представление чека в банк, обслуживающий чекодержателя, на инкассо для получения платежа считается предъявлением чека к платежу. Банк чекодержателя инкассирует чек, т.е. предъявляет его для оплаты банку-плательщику, а при необходимости – совершает протест неоплаченного чека (ст. 883 ГК).

Зачисление средств по инкассированному чеку на счет чекодержателя производится после получения платежа от плательщика, если иное не предусмотрено договором между чекодержателем и банком.

Отказ от оплаты чека должен быть удостоверен одним из следующих способов:

1) совершением нотариусом протеста либо составлением равнозначного акта в порядке, установленном законом;

2) отметкой плательщика на чеке об отказе в его оплате с указанием даты представления чека к оплате;

3) отметкой инкассирующего банка с указанием даты о том, что чек своевременно выставлен и не оплачен.

Порядок совершения протеста чека установлен Инструкцией о порядке совершения нотариальных действий государственными нотариальными конторами, утвержденной 6 января 1987 г. № 01/16-01.

Нотариус обязан предъявить чек плательщику. В случае его отказа от платежа по чеку нотариус составляет акт по установленной форме о протесте. О нем делаются запись в реестре, а также отметка о протесте в неплатеже на чеке.

Протест или равнозначный акт должен быть совершен до истечения срока для предъявления чека. Если предъявление чека имело место в последний день срока, протест или равнозначный акт может быть совершен в следующий рабочий день.

Чекодержатель обязан известить своего индоссанта и чекодержателя о неплатеже в течение двух рабочих дней, следующих за днем совершения протеста или равнозначного акта. Каждый индоссант должен в течение двух рабочих дней, следующих за днем получения им извещения, довести до сведения своего индоссанта полученное им извещение. В тот же срок направляется извещение тому, кто дал аваль за это лицо.

Не пославший извещение в указанный срок не теряет своих прав. Он возмещает убытки, которые могут произойти вследствие неизвещения о неоплате чека. Размер возмещаемых убытков не может превышать суммы чека (ст. 884 ГК).

В случае отказа плательщика от оплаты чека чекодержатель вправе по своему выбору предъявить иск к одному, нескольким или ко всем обязанным по чеку лицам (чекодателю, авалистам, индоссантам), которые несут перед ним солидарную ответственность. Чекодержатель вправе потребовать от указанных лиц оплаты суммы чека, своих издержек на получение оплаты, а также процентов в соответствии со ст. 395 ГК. Такое же право принадлежит обязанному по чеку лицу после того, как оно оплатило чек.

Иск чекодержателя может быть предъявлен в течение шести месяцев со дня окончания срока предъявления чека к платежу. Регрессные требования по искам обязанных лиц друг к другу погашаются с истечением шести месяцев со дня, когда соответствующее обязанное лицо удовлетворило требование, или со дня предъявления ему иска.

Независимо от того, кто осуществляет требование по чеку, он вправе получить: 1) сумму, указанную в чеке; 2) сумму издержек, связанных с получением оплаты по чеку; 3) проценты на сумму чека, равные ставке рефинансирования, установленной ЦБ РФ (см. ст. 395 ГК).

**6. Расчеты с использованием банковских карт**

Порядок расчетов с использованием банковских карт и расчетов по операциям, совершаемых с их использованием, утвержден ЦБ РФ 9 апреля 1998 г. № 23-П. На международных финансовых рынках оборот банковских карт регулируется несколькими крупнейшими ассоциациями. Среди них – VISA, American Express, MasterCard и др.

В России в настоящее время существуют два аналогичных ассоциациям образования в виде акционерных обществ – СБТ Карт и Union Card. .

Особенностью расчетов с использованием банковских карт являются прежде всего сами карточки, представляющие собой средство для составления расчетных и иных документов, подлежащих оплате за счет клиента.

Эмиссия банковских карт на территории РФ осуществляется кредитными организациями-резидентами. Распространение (продажа) кредитными организациями-резидентами карт других эмитентов (American Express, Diners Club, Visa Travel Money, VISA CASH, Mon-dex, чеков и аналогичных им), позволяющих оплачивать товары и получать наличные денежные средства, может осуществляться только по специальному разрешению Банка России.

В соответствии с Положением Банка России «О порядке эмиссии кредитными организациями банковских карт и осуществления расчетов по операциям, совершаемым с их использованием» от 9 апреля 1998 г. № 23-П Банк России Указанием № 373-У от 5 октября 1998 г.установил порядок выдачи разрешений кредитным организациям-резидентам на распространение платежных карт других эмитентов, позволяющих производить безналичную оплату товаров (услуг) или получение наличных денежных средств. Этот порядок не распространяется на порядок обращения чеков (за исключением дорожных чеков) и векселей, являющихся ценными бумагами в соответствии с гражданским законодательством РФ.

Банковские карты выдаются клиенту на основании заключенного с ним договора. На банковской карте должны присутствовать наименование и логотип эмитента, однозначно его идентифицирующие.

Физическим лицам, как резидентам, так и нерезидентам, эмитент может выдавать банковские карты следующих типов:

1) расчетная карта – банковская карта, выданная владельцу средств на банковском счете, предоставляющая право, согласно условиям договора между эмитентом и клиентом, распоряжаться денежными средствами, находящимися на его счете в пределах расходного лимита, установленного эмитентом, для оплаты товаров и услуг или получения наличных денежных средств;

2) кредитная карта – банковская карта, использование которой позволяет держателю банковской карты, согласно условиям договора с эмитентом, осуществлять операции в размере предоставленной эмитентом кредитной линии и в пределах расходного лимита, установленного эмитентом, для оплаты товаров и услуг и (или) получения наличных денежных средств.

Юридическим лицам эмитент может выдать банковские карты следующих типов:

- расчетная корпоративная карта – банковская карта, использование которой позволяет держателю, уполномоченному юридическим лицом, распоряжаться денежными средствами, находящимися на счете юридического лица в пределах расходного лимита, установленного эмитентом в соответствии с условиями договора с клиентом, согласно перечню разрешенных операций;

- кредитная корпоративная карта – банковская карта, использование которой позволяет держателю, уполномоченному юридическим лицом, осуществлять операции в размере предоставленной эмитентом кредитной линии и в пределах расходного лимита, установленного эмитентом в соответствии с условиями договора с клиентом, согласно перечню разрешенных операций.

При расчетах с использованием банковских карт в операциях участвуют несколько субъектов.

Расчеты осуществляются по инициативе плательщика – клиента банка, получившего соответствующую карту, в лице конкретного держателя карты. Держатель карты предъявляет ее для оплаты получателю денежных средств, например магазину, который входит в сеть расчетов определенной системы. Предприятие торговли (услуг) – юридическое лицо, которое в соответствии с подписанным им соглашением с эквайрером обязано принимать документы, составленные с использованием банковских карт, в качестве оплаты за предоставляемые товары (услуги). В качестве предприятия торговли (услуг) может выступать физическое лицо – индивидуальный предприниматель.

Предприятие торговли предъявляет соответствующие документы своему банку, именуемому эквайрером. Эквайрер – кредитная организация, обслуживающая предприятие торговли и осуществляющая эквайринг, под которым принято понимать деятельность, включающую в себя расчеты с предприятиями торговли (услуг) по операциям, совершаемым с использованием банковских карт, и операции по выдаче наличных денежных средств держателям банковских карт, не являющимся клиентами данной кредитной организации. Предприятие торговли (услуг) уплачивает эквайреру торговую уступку – денежную сумму за расчеты по операциям с использованием банковской карты при реализации товара или услуги.

Эквайрер, в свою очередь, предъявляет соответствующие документы расчетному банку или расчетному агенту – кредитной организации, осуществляющей взаиморасчеты между участниками расчетов по операциям с использованием банковских карт. Расчетный банк связывается с банком клиента-держателя банковской карты и получает соответствующие суммы со счета клиента.

Разумеется, приведенная схема расчетов, если бы она физически каждый раз выполнялась именно таким образом, не смогла бы удовлетворить потребности банковской системы и ее клиентов в расчетах. Для ускорения расчетов при использовании банковских карт введены дополнительные процедуры. Эти процедуры состоят, прежде всего, в процессинге, под которым принято понимать деятельность, включающую в себя сбор, обработку и рассылку участникам расчетов информации по операциям с банковскими картами, осуществляемую прессинговым центром. В этом качестве выступает юридическое лицо или его структурное подразделение, обеспечивающее информационное и технологическое взаимодействие между участниками расчетов.

Кроме того, процесс расчетов с использованием банковских карт предполагает так называемую авторизацию – разрешение, предоставляемое эмитентом для проведения операции с использованием банковской карты и порождающее его обязательство по исполнению представленных документов, составленных с использованием банковской карты.

Проведение операции же подтверждается документом, являющимся основанием для расчетов по операциям с использованием банковских карт или служащим подтверждением их совершения, составленным с применением банковских карт или их реквизитов на бумажном носителе или в электронной форме, собственноручно подписанной держателем банковской карты или аналогом его собственноручной подписи.

Операции с использованием банковских карт предусматривают обязательное составление следующих документов на бумажном носителе (слип, квитанция электронного терминала) или в электронной форме (документ из электронного журнала терминала или банкомата), а также иных документов (квитанция банкомата и др.), предусмотренных банковскими правилами и (или) договорами, заключенными между участниками расчетов.

Слип, составленный в пункте выдачи наличных денег с использованием банковской карты, должен содержать следующие обязательные реквизиты:

1) идентификатор ПВН;

2) дата совершенной операции;

3) сумма операции;

4) валюта операции;

5) сумма комиссии эквайрера за совершение операции (если имеет место);

6) код, подтверждающий авторизацию эмитентом операции;

7) реквизиты банковской карты, допустимые правилами безопасности;

8) подпись держателя карты;

9) подпись кассира.

Слип, составленный на предприятии торговли (услуг) с использованием банковской карты, должен содержать следующие обязательные реквизиты:

1) идентификатор предприятия;

2) дата совершенной операции;

3) сумма операции;

4) валюта операции;

5) код, подтверждающий авторизацию эмитентом операции;

6) реквизиты банковской карты, допустимые правилами безопасности;

7) подпись держателя карты.

Обязательные реквизиты документов, составленных при совершении операций с использованием банковских карт, должны содержать согласованные сторонами признаки, позволяющие достоверно установить соответствие между реквизитами банковских карт и банковскими счетами держателей банковских карт.

Расчеты по операциям с использованием банковских карт, совершенным на территории РФ, между эквайрерами и предприятиями торговли (услуг) производятся в валюте РФ. Исключением являются расчеты в иностранной валюте, предусмотренные действующим законодательством и нормативными актами Банка России.

В соответствии с действующим законодательством и условиями договора между эмитентом и клиентом банковские карты могут быть использованы для операций по счетам юридических и физических лиц.

Юридические лица-резиденты могут осуществлять с использованием корпоративных карт безналичные операции на предприятиях торговли (услуг), а также операции получения наличных денежных средств в следующих случаях:

1) получение наличных денежных средств в валютеРФ для расчетов на территории РФ в соответствии с порядком, установленным Банком России, связанных с хозяйственной деятельностью юридического лица на территории РФ, а также для оплаты расходов, связанных с командированием работников соответствующих юридических лиц в пределах РФ, в валюте РФ;

2) безналичная оплата расходов в валюте РФ, связанных с командированием работников соответствующих юридических лиц в пределах РФ;

3) безналичные операции на территории РФ, связанные с основной деятельностью юридического лица, в валюте РФ;

4) безналичные операции на территории РФ, связанные с хозяйственной деятельностью юридического лица, в валюте РФ;

5) безналичная оплата в валюте РФ расходов представительского характера на территории РФ;

6) безналичная оплата расходов, связанных с командированием работников соответствующих юридических лиц в иностранные государства, в иностранной валюте;

7) безналичная оплата расходов представительского характера в иностранной валюте за пределами РФ;

8) получение наличных денежных средств в иностранной валюте за пределами РФ для оплаты расходов, связанных с командированием работников соответствующих юридических лиц в иностранные государства.

Запрещается использование корпоративных карт для выплаты заработной платы и других выплат социального характера.

При совершении операций с использованием банковских карт в случае отсутствия денежных средств на счете клиента расчеты по таким операциям производятся путем предоставления клиенту кредита на соответствующую сумму на условиях договора между эмитентом и клиентом.

Юридическое лицо обязано представлять по требованию эмитента все первичные документы: счета за проживание, билеты на транспорт, квитанции, чеки и иные документы с приложением оригиналов слипов, квитанций электронных терминалов (банкоматов) по всем операциям, совершенным с использованием корпоративных карт, а также отчеты о командировках (если денежные средства списываются со счета на командировочные расходы).

ТЕМА. ДОГОВОР ПОРУЧЕНИЯ

**1. Понятие договора поручения**

**2. Виды договора поручения**

**3. Права и обязанности сторон по договору поручения**

**1.Понятие договора поручения**

Для осуществления гражданских прав и обязанностей граждане и юридические лица нередко вынуждены прибегать к услугам лиц, которые совершают для них различные действия, влекущие возникновение, изменение или прекращение гражданских правоотношений. Такого рода отношения принято именовать **представительством.** Отношения представительства могут возникать в силу различных оснований, в том числе договора.

Наиболее распространенным договором, порождающим отношения **представительства,** является договор поручения. Для получения заработной платы, заключения сделок, приема и передачи имущества и в иных ситуациях, в которых субъект гражданского оборота не может в силу различных обстоятельств непосредственно принимать участие, заключается договор поручения.

В настоящее время сфера применения договора поручения все более расширяется в связи с появлением фирм, оказывающих услуги по снабжению, поиску партнеров, маркетингу, консалтингу, юридическому обслуживанию и т. п. Особенно это заметно в отношениях с участием хозяйственных обществ: представительство интересов акционера на собрании акционерного общества, совершение операций с ценными бумагами банками и т.д.

Договор поручения является классической формой представительства, поскольку действия поверенного приводят к возникновению прав и обязанностей не у него, а непосредственно у доверителя. Объясняется это тем, что представитель (поверенный) совершает действия не от собственного имени, а от имени представляемого (доверителя).

Функция договора поручения заключается в том, что он призван урегулировать отношения между представителем и представляемым, как бы внутреннюю сторону отношений представительства. Внешняя же сторона отношений представительства отражается в полномочиях представителя, зафиксированных в доверенности.

Особенность договора поручения заключается также в том, что наряду с отношениями представительства он может порождать и обязательственные отношения: обязательство по оказанию посреднических услуг.

Следует различать возмездный договор поручения, который порождает и отношения представительства и обязательство по оказанию посреднических услуг, и безвозмездный договор поручения, который порождает исключительно отношения представительства. Безвозмездные отношения по оказанию услуг не могут облекаться в форму обязательственных отношений.

Договор поручения относится к числу ранее известных договоров. Его правила содержались в ГК 1964 г. Тем не менее, в ныне действующем Гражданском кодексе данный институт получил дальнейшее развитие и пополнился целым рядом новых правил. Например, новый Гражданский кодекс ввел в оборот коммерческое представительство, что обусловило необходимость установления правил, связанных с этим представительством. Договор поручения является одним из немногих вопросов права, которые урегулированы законодательством достаточно полно и ясно.

**Понятие и элементы договора поручения**

По договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия, в результате совершения которых права и обязанности возникают непосредственно у доверителя (п. 1 ст. 802 ГК КР).

В определении договора поручения речь идет о совершении поверенным юридических действий. Из этого следует, что **предметом договора** поручения являются именно **юридические действия**.

Нормы ГК КР предусматривают две разновидности обязательств, которые могут возникать из договора поручения: применяемые в общегражданских отношениях и в предпринимательской деятельности. Различие между этими обязательствами основано на специфике коммерческого представительства, в силу которого, во-первых, коммерческое представительство всегда возмездно, и, во-вторых, коммерческий представитель вправе одновременно представлять обе стороны в совершаемой им сделке (ст. 202 ГК КР).

**Элементы договора поручения.** Стороны в договоре поручения именуются **доверитель** и **поверенный.** Особенностью договора поручения является то, что в качестве и доверителя, и поверенного могут выступать только дееспособные лица. Если договор поручения оформляет отношения коммерческого представительства, то в качестве поверенного может выступать только гражданин, являющийся предпринимателем, либо коммерческая организация. Некоммерческие организации в качестве коммерческого представителя, как правило, выступать не вправе.

**Предметом договора поручения** является оказание нематериальных посреднических услуг. Посреднические услуги могут выражаться как в совершении сделок, так и в иных действиях, в том числе и не влекущих приобретение каких-либо прав и обязанностей. **Например**, поверенному может быть поручено осуществление контрольно-инспекционных функций на строящемся объекте, включая ознакомление с бухгалтерской документацией, договорами и т.д. Подобные действия не влекут для доверителя возникновение каких-либо новых прав, но позволяют реализовать уже имеющиеся права и обязанности доверителя. Предмет договора поручения конкретизируется в указаниях доверителя, которые имеют своеобразную форму **заказа** на **оказание посреднических услуг**.

Доверитель может давать поверенному любые указания, однако закон требует, чтобы эти указания были **«правомерными, осуществимыми и конкретными» (п. 1 ст. 805 ГК КР).**

Указания доверителя должны быть **правомерными, осуществимыми и конкретными,** что означает**:**

**Правомерность** означает, что поверенный при исполнении данного ему поручения должен действовать строго в рамках закона, любое же указание доверителя, предписывающее поверенному действовать вопреки закону, не только не является для поверенного обязательным, но и может повлечь для поверенного неблагоприятные правовые последствия, вплоть до привлечения к ответственности. Например, если доверитель поручит поверенному приобрести для него квартиру и выдаст ему для этого необходимую сумму в иностранной валюте, то поверенный обязан соблюдать требования валютного законодательства, хотя бы доверитель, и дал ему иные указания о порядке расчетов.

**Осуществимость** понимается как возможность исполнения поручения известными и доступными поверенному средствами. При этом сам доверитель может и не знать, как следует исполнять данное им поручение.

**Конкретность**, т.е. максимально полное выражение доверителем своих требований к содержанию, способам, условиям и характеру действий, совершаемых поверенным. Поверенному при получении указаний должно быть абсолютно ясно, что именно поручает ему исполнить доверитель. Если такая ясность отсутствует, то поверенный вправе утверждать, что ему были даны неконкретные указания.

Юридическое значениетребований к указаниям доверителя заключается в том, что если указания не соответствуют требованиям закона, т.е. не являются правомерными, осуществимыми и конкретными, то поверенный вправе, а иногда и обязан считать себя не связанным данными ему указаниями.

**Форма договора поручения**. Законом не предусмотрены специальные требования к форме договора поручения и должны применяться общие правила, предусмотренные ст. 174-180 ГК КР. Однако необходимо учитывать, что в соответствии с п. 1 ст. 807 ГК КР доверитель обязан выдать поверенному **доверенность** на совершение действий, предусмотренных договором поручения. Доверенность необходима для урегулирования взаимоотношений поверенного с третьими лицами. Договор поручения заключается для урегулирования отношений между доверителем и поверенным.

Таким образом, **договор поручения и доверенность** не являются взаимоисключающими документами и для надлежащего соблюдения формы отношений необходимы и договор поручения, и доверенность.

Доверенность должна отвечать требованиям, закрепленным в ст. 203—206 ГК КР. Между требованиями к форме доверенности и форме договора поручения не существует прямой зависимости. **Например**, если законом предусмотрена нотариальная форма доверенности, то это нe означает, что именно в нотариальную форму должен быть облечен и договор поручения. Как правило, договор поручения требует простой письменной формы, специальных последствий ее несоблюдения в виде недействительности договора поручения законом не предусмотрено.

**Срок действия договора** зависит от характера данного доверителем поручения. Срок может выражаться в каком-либо периоде времени, в течение которого поверенный должен исполнить данное ему поручение, либо определяться конкретной датой. **Например**, поверенный должен получить причитающееся доверителю авторское вознаграждение 1 февраля 2009 года.

Срок действия договора поручения взаимосвязан со сроком действия доверенности, выдаваемый поверенному. Срок действия договора не может быть менее срока действия доверенности. Срок договора должен либо совпадать со сроком действия доверенности, либо превышать его. В последнем случае, если срок действия договора более трех лет, доверитель должен будет после истечения срока действия первой доверенности выдать новую доверенность.

Заключение бессрочного договора означает, что стороны не определили в договоре срок его действия, однако выдаваемая доверенность, во всяком случае, должна содержать указание о сроке ее выдачи. Таким образом, бессрочный договор будет сохранять свое действие только при условии подтверждения полномочий поверенного доверенностью. При истечении срока доверенности договор прекращается, если новая доверенность не выдана.

В отдельных случаях законом допускается выдача доверенности без указания срока, например, нотариальной доверенности для совершения действий за границей. При наличии такой доверенности договор поручения будет действовать бессрочно, если сами стороны не прекратят его.

**Например,** Анара, проживающая в г.Бишкек, решила на лето арендовать дачу на берегу озера Иссык-Куль. Она заключила договор поручения с ОсОО фирма «Абсолют», по которому фирма должна подобрать дачу и заключить договор аренды сроком на три месяца. Срок действия договора поручения один месяц. Анара выдала доверенность на имя работника фирмы Замира на право заключения договора аренды. После того, как фирма заключит договор аренды, у Анары возникнет право пользоваться дачей в течение срока аренды.

**Например,** Андрей – гражданин Российской Федерации, проживающий в г. Норильске, приобрел пакет акций АО «Кыргызэнерго» и для реализации своего права участия в управлении обществом заключил договор поручения с Нурланом, по которому Нурлан имеет право представлять Андрея на общих собраниях акционеров и голосовать его акциями. Сроком действия договора оговорен не был, перед отъездом Андрей выдал Нурлану доверенность сроком на один год на совершение полномочий по договору. Если через год Андрей не выдаст Нурлану новую доверенность, то срок действия договора прекратится и Нурлан не сможет участвовать на собраниях акционеров от имени Андрея.

**Например,** по договору строительного подряда ОсОО «Строитель» построило для частного предпринимателя Виктора производственное помещение и установило линию по изготовлению макарон. Виктор не обладал достаточными познаниями в строительстве, поэтому для принятия законченного строителями цеха заключил договор поручения с инженером-строителем Болотом, по которому Болот должен участвовать при испытании оборудования и принять цех в эксплуатацию. Срок договора определен в три месяца, доверенность Болоту выдана на полгода. Срок доверенности не может превышать срок действия договора. В данном случае Виктор допустил ошибку, он обязан выдать доверенность сроком на три месяца.

**Цена** в возмездном договоре поручения определяется по соглашению сторон. Закон не содержит указаний на применение каких-либо тарифов, прейскурантов в договоре поручения. В вопросе о размере вознаграждения законодатель, как и в ряде других случаев, не придает ему существенного значения. При отсутствии в договоре указаний о размере вознаграждения, оно в соответствии с правилом п. 3 ст. 390 ГК КР должно выплачиваться в сумме, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные услуги (п. 2 ст. 804 ГК КР). Договор **поручения** является особым видом услуг, который вызывает правовые последствия для доверителя.

Понятие, занимающее второе по счету место в выделенной триаде – **поручение**, является особым видом услуг, которые выражаются в совершении юридических действий от имени и по поручению доверителя и за его счет. И эти действия создают правовые последствия для доверителя во многих правоотношениях, где присутствуют элементы поручения.

В качестве примера можно назвать, прежде всего, легальные определения договоров, содержащиеся в главах 41 - «Комиссия» и 42 - «Агентирование», а также в главе 40 - «Действия в чужом интересе без поручения» (в последнем случае для обозначения регулируемых ею не договорных отношений). Другой пример – легальные определения отдельных способов расчетов, где также присутствуют элементы поручения.

При этом речь идет не только о платежном поручении (ст.778 ГК КР), но и о расчетах по аккредитиву (ст.782 ГК КР) и по инкассо (ст.789 ГК КР). К этому можно добавить, что хотя содержащееся в ст.694 ГК КР общее определение договора возмездного оказания услуг включает в свой предмет предоставление услуг «по заданию» заказчика, а ст.760 ГК КР называет в качестве предмета договора банковского счета – «выполнение распоряжений клиента», оба термина – «задание» и «распоряжение» - являются по сути дела, лишь синонимами поручения.

Все это вызывает необходимость при индивидуализации соответствующих договорных типов учитывать, какие именно услуги должны выполняться «по поручению» и каким образом. Применительно к обозначенной триаде речь идет об особом виде поручения: его предмет составляет совершение определенных юридических действий, единственных, которые могут быть совершены «от имени и по поручению другого». А сами эти действия выражаются в том, что их совершение предполагает выступление одной из сторон договора от имени своего контрагента. Именно этот вид поручения, по поводу которого заключается одноименный договор, предназначен служить правовым основанием для представительства.

**2. Виды договора поручения**

В качестве самостоятельной разновидности договора поручения выступает договор, порождающий **отношения коммерческого представительства** (п. 1 ст. 202 ГК КР). Полномочия коммерческого представителя определяются в договоре, заключенном в письменной форме, а если договор не содержит указания на полномочия представителя, то его полномочия должны быть определены в доверенности.

Нормы о коммерческом представительстве предусматривают в подобных случаях определенную гарантию сторонами, которые доверились одному и тому же лицу – коммерческому представителю. Для выступления от имени обеих сторон коммерческий представитель должен при отсутствии на этот счет иного указания в законе получить их специальное на то согласие.

Поскольку коммерческий представитель может выступать при заключении сделки от имени обеих сторон, то он вправе требовать уплаты вознаграждения и возмещения, понесенных им расходов от сторон договора в равных долях, если иное не предусмотрено соглашением между ними. Отношения коммерческого представителя и представляемого является возмездными.

К коммерческому представительству, в частности, не применяются традиционные правила о последствиях отмены поручения доверителем и отказе поверенного от исполнения поручения. Если по общему правилу такая отмена или отказ не является основанием для возмещения убытков, причиненных прекращением договора, то при коммерческом представительстве односторонний разрыв договора дает право потерпевшей от этого стороне требовать такого возмещения.

Закон обязывает коммерческого представителя исполнять данные ему поручения с заботливостью обычного предпринимателя и сохранять в тайне ставшие ему известными сведения о торговых сделках даже после исполнения данного ему поручения.

Как правило, **коммерческое представительство** осуществляется профессиональным участником регулируемых гражданским законодательством отношений в сфере предпринимательской деятельности – **предпринимателем**. Условие это, крайне желательно для доверителя, но с точки зрения права не обязательно. Поверенный в договоре поручения действует в качестве коммерческого представителя, осуществляет свои полномочия от имени, в интересах и за счет доверителя.

Права и обязанности и ответственность по сделке заключаемой поверенным, действующим в качестве коммерческого представителя в пределах предоставленных ему полномочий с третьим лицом, возникают непосредственно у доверителя и 3-го лица. Следовательно, речь может идти об отношениях в сфере предпринимательской деятельности между доверителем и 3-м лицом. Поверенный в данном случае может рассматриваться как гражданин постоянно и самостоятельно оказывающий юридическую услугу за вознаграждение или без такового.

Исходя из понятия предпринимательской деятельности, как деятельности осуществляемой на свой страх и риск и с целью получения прибыли необходимо сделать вывод о том, что деятельность коммерческого представителя действующего за счет доверителя не всегда рассматривается как предпринимательская.

Так, договор коммерческого представительства предполагается возмездным, если иное не установлено договором, т.е. в отличие от преимущественно безвозмездного договора поручения договор коммерческого представительства преимущественно **возмездный** (п. 1 ст. 804 ГК КР). Односторонний отказ от договора коммерческого представительства может иметь место только при условии предварительного уведомления другой стороны не позднее, чем за тридцать дней (п. 3 ст. 809 ГК КР), если более длительный срок уведомления не предусмотрен договором.

Коммерческому представителю может быть предоставлено право отступать от указаний доверителя с соблюдением его интересов, не испрашивая на то предварительного согласия доверителя (п. 3. ст. 805 ГК КР). В таком случае коммерческий представитель обязан лишь в разумный срок информировать доверителя о допущенных отступлениях. Но и это правило является диспозитивным, так как доверитель может наделить поверенного свободой действий без обязанности подобных уведомлений в кратчайший срок.

**Например**. АО «Марс» занимается сборкой и продажей компьютеров. Андрей уезжал в г.Москву по личным делам. Директор АО Игорь заключил с Андреем договор поручения, по которому, находясь в Москве, Андрей заключит договоры поставок комплектующих деталей с представительствами фирм-изготовителей. Договором определены наименование и количество деталей по каждой поставляемой партии. Находясь в Москве, Игорь заключил договор с представительством одной из крупнейших фирм, причем во время переговоров за счет крупного количества поставляемых партий комплектующих ему удалось снизить стоимость некоторых деталей. В последний день перед подписанием договора вторая сторона сообщила, что поступили два наименования новой модификации комплектующих деталей. При замене их теми, которые включены в договор, общая сумма сделки не превысит сумму, установленную Игорем. Андрей торопился подписать договор, так как срок его командировки истек. Он проконсультировался со специалистами, которые подтвердили более высокие качества новых модификаций письменными заключениями, подписал договор и тут же выехал в аэропорт. Находясь в зале аэропорта, он позвонил Игорю и сообщил об изменениях в договоре. Андрей не получал указаний Игоря по поводу замены комплектующих новыми модификациями. Предварительно запросить Игоря он не мог из-за отсутствия времени. В создавшейся ситуации Андрей действовал в соответствии с законом в интересах доверителя и заключил удачную сделку.

Право требовать возмещения убытков, вызванных односторонним отказом от договора, при коммерческом представительстве имеют и доверитель, и поверенный (п.п. 2, 3 ст. 810 ГК КР). Таким образом, основные права и обязанности сторон в договоре, порождающем отношения коммерческого представительства, имеют существенную **специфику** по сравнению с обычным договором поручения.

**Юридическая природа правоотношений**

Договор поручения является классической **формой представительства**, поскольку действия поверенного приводят к возникновению прав и обязанностей не у него, а непосредственно у доверителя. Объясняется это тем, что представитель (поверенный) совершает действия не от своего имени, а от имени представляемого (доверителя).

**Функция** договора поручения заключается в том, что он призван урегулировать отношения между представителем и представляемым, то есть, как бы внутреннюю сторону отношений представительства. Внешняя сторона отношений представительства отражается в полномочиях представителя, зафиксированных в доверенности.

Особенность договора поручения заключается также в том, что наряду с отношениями представительства он может порождать обязательственные отношения – обязательство по оказанию посреднических услуг. В связи с этим следует отличать:

**Возмездный договор поручения** – порождает отношения представительства и обязательство по оказанию посреднических услуг.

**Безвозмездный договор поручения** – порождает исключительно отношения представительства.

Для характеристики любого договора имеет особое значение отнесение его к числу возмездных или **безвозмездных договоров поручения.** Применительно к рассматриваемому договору законодатель всегда испытывал определенные трудности при принятии решения: допустить ли возможность существования для договора поручения обоих вариантов – возмездного и безвозмездного, а если да, то в пользу которого из них следует установить презумпцию.

Сложности, о которых идет речь, связаны с тем, что договор поручения как таковой должен обеспечить охват одних и тех же по природе услуг, но применительно к существенно различающимся ситуациям. Имеется в виду по преимуществу сделки, совершенные от имени доверителя (представляемого) поверенным (представителем) в порядке осуществления последним своей предпринимательской деятельности (пример–биржевой брокер, риэлторская фирма и т.п.) либо оказания обычной в быту дружеской услуги (например, получение прибывшего соседу почтового отправления).

Особенность действующего ГК КР состоит в том, что наряду с общей презумпцией его безвозмездности в нем содержится и прямо противоположная: в пользу возложения на доверителя обязанности выплачивать представителю вознаграждение.

Вознаграждение поверенному за оказанную им услугу должно выплачиваться лишь при условии, когда это предусмотрено законом, иными правовыми актами или самим договором поручения (первый абзац п.1 ст.804 ГК КР). Однако действие указанной презумпции весьма существенно ограничивается. В соответствии со вторым абзацем того же п.1 ст.804 ГК КР в случаях, когда договор поручения связан с осуществлением предпринимательской деятельности одной или обеими сторонами, заключенный между ними договор поручения является возмездным, если стороны не воспользуются предоставленной им возможностью предусмотреть в заключенном ими договоре иное, то есть безвозмездность услуг.

Следовательно, для действия презумпции возмездности необходима одна из трех ситуаций: предпринимателем является как доверитель, так и поверенный (1), только поверенный (2) или только доверитель (3). При этом во всех трех ситуациях условием служит связь между договором и осуществляемой стороной (сторонами) предпринимательской деятельностью.

Наличие двух возможных моделей одного и того же договора создает некоторые трудности при определении места поручения. Речь здесь идет о его отнесении к числу дву- или односторонних договоров. **Например**, модель безвозмездного поручения, поскольку необходимости оплатить выполненное поручение достаточно для признания договора двусторонним. Вопрос о возможности существования одностороннего договора поручения осложняется тем, что в отличие от многих других договоров, легальное определение которых исключает использование для них односторонней модели (примером могут служить купля-продажа или подряд), ст. 802 ГК КР в определении договора поручения никаких указаний на какие-либо встречные обязанности другой стороны – доверителя вообще не содержит.

О возлагаемых **обязанностях доверителя,** помимо ст. 804 ГК КР, где говорится о выплате вознаграждения поверенному, идет речь в специально посвященной этому ст.807 ГК КР.

Она предусматривает пять **обязанностей доверителя** по отношению к поверенному:

-выдать доверенность (1);

-обеспечивать средствами, которые необходимы для исполнения поручения (2);

-возмещать понесенные издержки (3);

-принять, к тому же без промедления, все исполненное поверенным в соответствии с договором (4);

-уплатить вознаграждение (5).

При выделении в Гражданском кодексе обязанностей доверителя, общие для возмездного и безвозмездного договора поручения, в литературе обнаружился довольно большой разброс мнений применительно к поставленному вопросу.

Часть сторонников этой точки зрения при этом подчеркивала одновременно и присущую договору взаимность. Другие делали определенную оговорку, ставя в договоре поручения взаимность в прямую зависимость от того, предусматривает ли договор обязанность доверителя, если не платить вознаграждение, то хотя бы возмещать издержки.

Весьма распространенным было и остается, признание любого договора поручения, независимо от его возмездности, **двусторонним.**

**Двусторонность** (взаимность) договора предполагает наличие у обоих контрагентов интереса к договору. Между тем в безвозмездном договоре интерес может быть только у одной из сторон. По крайней мере, нетипична ситуация, при которой поверенный в договоре поручения имеет интерес к безвозмездному оказанию услуг. Во всяком случае такой интерес, если он и есть, находится за порогом рассматриваемого договора.

**Правовая квалификация** договора поручения включает и то, что независимо от своего содержания он во всех случаях относится к числу **консенсуальных** договоров – тех, для которых достигнутое сторонами согласие является не только необходимым, но и достаточным для признания договора заключенным.

Следует указать на еще одну отличительную особенность договора поручения, которая предопределяет решение целого ряда составляющих его правовой режим элементов. Имеется в виду **фидуциарность** договора и связанный с нею его **личный характер** исполнения поручения.

**Фидуциарность** присуща договору поручения как таковому. И по данной причине это его свойство не зависит от субъектного состава договора. Вряд ли, например, следует отказать именно в такой оценке носящему личный доверительный характер договору, который заключен по поводу участия в судебном процессе, лишь по той причине, что контрагентом является не адвокат как физическое лицо, а адвокатская фирма – лицо юридическое.

Если согласиться с указанным ограничением, придется в нормы, которые, как отмечалось отражают фидуциарность договора поручения, вносить оговорку: по отношению к юридическим лицам – представителям, соответствующее правило не действует. И это при том, что ни в одной статье главы 39 ГК КР подобной дифференциации по субъектному признаку (физические или юридические лица) вообще нет.

**Договор поручения и смежные договоры**

Действующий Гражданский кодекс КР, рассматривает поручение исключительно как договор, который служит правовой формой **прямого представительства** (ранее именовавшегося также и представительством «полным», а равно «непосредственным»).

Глава 39 ГК КР («Поручение») тесно связана с последующими главами Кодекса, это глава 40 ГК КР - «Действия в чужом интересе без поручения», глава 41 ГК КР - «Комиссия».

**Действия в чужом интересе без поручения.** Институт, регламентирующий действия в чужом интересе без поручения, появился еще в римском праве и назывался negotorium gestio (ведение чужих дел). Данное обязательство относилось в римском праве к разряду квази-обязательств, т.е. обязательств, сходных по своей сути и последствиям с договорными обязательствами.

Глава о действиях в чужом интересе без поручения впервые появилась в гражданском законодательстве после принятия в 1998 г. части второй ГК КР. В действующем ГК КР нормы о действиях в чужом интересе без поручения сосредоточены в главе 40 ГК КР, которая следует за главой о договоре поручения, что отнюдь не случайно – оба вида обязательств имеют сходное содержание.

Они существенно различаются по **основаниям возникновения** – в первом случае, это результат согласования воли сторон, выраженной в договоре, во втором – односторонние действия, не зависящие изначально от воли лица, в интересах которого действия совершаются.

Однако в случае одобрения **действий, совершенных в чужом интересе** без поручения, со стороны лица, в пользу которого эти действия производились, к обязательству применяются правила о договоре поручения, если произведенные действия носили юридический характер.

Для того чтобы **действия совершенные в чужом интересе** без поручения могли превратиться в соответствующее обязательство по правилам гл. 40 ГК КР, необходимо соблюдение ряда условий, содержащихся в ст.812 ГК КР. Они сводятся к следующему:

- действия без поручения, иного указания или заранее обещанного согласия заинтересованного лица в целях предотвращения вреда его личности или имуществу, исполнения его обязательства или в его иных не противоправных интересах (действия в чужом интересе) должны совершаться исходя из очевидной выгоды или пользы и действительных или вероятных намерений заинтересованного лица и с необходимой по обстоятельствам дела заботливостью и осмотрительностью;

- правила, предусмотренные настоящей главой, не применяются к действиям в интересах других лиц, совершаемых государственными или иными органами, для которых такие действия являются одной из целей деятельности.

Если действиями без поручения была оказана услуга фактического характера, применяются положения о соответствующем виде договора. Например, если выполнялась определенная работа, применяются нормы о подряде, и т.п. Одобрение действий, действовавшего без поручения, фактически означает встречное выражение воли, т.е. возникновение уже взаимных отношений сторон, имеющих договорный характер.

Итак, обязательство, возникающее из действий в чужом интересе, является **внедоговорным** и заключается в добровольном целенаправленном совершении одним лицом в интересах другого лица **фактических или юридических действия** без предварительного согласия последнего, направленных на получение этим лицом очевидной или вероятной выгоды и влекущих обязанность указанного лица по возмещению необходимых расходов, а в ряде случаев и выплаты вознаграждения лицу, совершившему данные действия.

**Сторонами обязательства** из действий в чужом интересе без поручения являются **лицо**, совершающее действия в чужом интересе, и **лицо**, в интересах которого такие действия совершаются. В качестве субъектов данного обязательства могут выступать любые юридические и физические лица.

Предметом данного обязательства является совершение без поручения действий юридического и (или) фактического характера в интересах другого лица. Это могут быть действия самого разнообразного характера. Единственное предъявляемое к ним требование - это **правомерность**. Они должны сами по себе являться правомерными и преследовать не запрещенные законодательством цели.

К числу юридических действий, совершаемых в чужом интересе, может быть отнесено исполнение обязательств за другое лицо (если это не было ошибкой), заключение сделки и т.п.

Действия фактического характера, совершаемые в рамках данного обязательства, связаны обычно с необходимостью немедленного предотвращения возможного ущерба (например, спасение имущества при пожаре, наводнении, иных стихийных бедствиях), т.е. такие действия совершаются обычно при возникновении каких-либо чрезвычайных обстоятельств.

Содержанием обязательств является совокупность прав и обязанностей его участников. Поскольку лицо, в интересах которого совершались действия, обычно узнает об этом после их начала, а иногда и по окончании их совершения, возникновение у него обязанностей по данному обязательству связано с моментом извещения о произведенных в его пользу действиях.

**Договор комиссии** получил широкое распространение в гражданском обороте. Традиционно к нему прибегают в случаях, когда необходимо, чтобы сделка в интересах одного лица была совершена другим лицом. Этот договор особенно распространен между гражданами по реализации товаров, комиссионными магазинами по купле-продаже товаров. Сейчас сфера его применения значительно расширена: он применяется при торгово-посреднических операциях, используется банками для операций с ценными бумагами, при расчетно-кассовом обслуживании клиентов, при биржевой торговле и т.д..

По договору комиссии одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента (ст.822 ГК КР).

Совершая сделку в интересах комитента, комиссионер выступает от своего имени, приобретает права и становится обязанным по договору. Хотя субъектом договора, заключенного с третьими лицами, является комиссионер, но собственником вещей, поступивших к нему от комитента либо приобретенных для него у третьих лиц, является комитент. Поэтому риск случайной гибели вещей несет комитент.

Договор комиссии – **консенсуальный**, поскольку признается заключенным в момент достижения соглашения между сторонами. Он является консенсуальным и в случае принятия вещей на комиссию от граждан и организаций комиссионным магазином, хотя по времени принятие вещей и оформление договора совпадают. Однако вещи передаются магазину только после заключения договора и на его основе. Сторонами договора комиссии являются **комитент и комиссионер**, которыми могут быть как юридические лица, так и дееспособные граждане.

Договор комиссии – **двусторонне-обязывающий**, так как его субъекты имеют взаимные права и обязанности: комиссионер должен совершить по поручению комитента одну или несколько сделок, и имеет право на вознаграждение, а комитент обязан уплатить вознаграждение и имеет право требовать исполнения предусмотренных договором сделок.

Договор комиссии является **возмездным,** выплата вознаграждения комиссионеру обязательна. **Предмет** договора комиссии – это **юридические действия, т.е. сделки,** которые комиссионер должен совершить по поручению комитента. **Предметом** договора комиссии может быть любая допускаемая законом **сделка** (договор купли-продажи, договор подряда и др.), за исключением тех, которые должны совершаться лично.

**Агентский договор** является разновидностью договоров об оказании услуг. Конструкция агентского договора включает в себя оказание услуг не только **юридического** (влекущего определенные правовые последствия), но и **фактического** (т.е. не вызывающего непосредственно правовых последствий) характера.

По агентскому договору одна сторона **(агент)** обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала, либо от имени и за счет принципала (ст.843 ГК КР).

По сделке, совершенной **агентом** с третьим лицом от своего имени и за счет принципала, приобретает права и становится обязанным агент, хотя бы принципал и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки. По сделке, совершенной агентом с третьим лицом от имени и за счет принципала, права и обязанности возникают непосредственно у принципала (п.1 ст.843 ГК КР).

Таким образом, агентский договора может предусматривать различные варианты взаимоотношений агента, принципала и третьих лиц: когда агент действует от имени и за счет принципала (**конструкция договора поручения**) и когда агент действует от своего имен, но за счет принципала (**конструкция договора комиссии**). Однако права и обязанности, возникающие из совершенных агентом юридических действий, а также результаты фактических действий, совершенных в рамках предоставленных агенту правомочий, принадлежат принципалу. В зависимости от избранной конструкции к договору агентирования применяются правила, относящиеся к договору поручения или комиссии.

Агентский договор является **консенсуальным, возмездным, двусторонне-обязывающим**. Обычно заключается в простой письменной форме. **Предметом агентского договора** является оказание услуг юридического и фактического характера. Первый тип услуг направлен непосредственно на создание гражданских прав и обязанностей у принципала (заключение договора, оформление наследства). Второй тип услуг может и не влечь подобных последствий, а заключаться, например, в действиях по представлению определенной информации, проведению рекламной кампании, доставке товара в определенное место и т.п. Услуги такого комплексного характера охватываются понятием **посреднических услуг**. Виды услуг охватываемых агентом, определяются принципалом в договоре. Сторонами агентского договора является агент и принципал, в качестве которых могут выступать любые субъекты гражданского права. Агентом может быть только лицо полностью дееспособное.

Согласно п.3 ст.843 ГК КР агентский договор может быть заключен на определенный срок или без указания срока его действия. Это означает, что в отличие от поручения или комиссии, заключаемых, как правило, на короткий срок и связанных с совершением одного или нескольких действий юридического характера, агентский договор может действовать как постоянный или длительный.

Различие в правовом режиме договоров поручения и комиссии, нашедшее отражение в их легальных определениях (ср. ст. 802 и 914 ГК КР), состоит в том, что в первом случае речь идет о **прямом представительстве** (поверенный выступает от имени доверителя), а во втором – **о косвенном представительстве** (комиссионер выступает от собственного имени). Соответствующий **признак носит ключевой характер**. Об этом можно судить по тому, что, когда у суда возникает необходимость остановить свой выбор на одном из двух правовых режимов – поручения или комиссии, использования указанного признака оказывается достаточным.

К правовым конструкциям, связанным с поручением, наиболее близок **договор доверительного управления имуществом.**

По договору доверительного управления имуществом одна сторона (учредитель управления) передает другой стороне (доверительному управляющему) на определенный срок имущество в доверительное управление, а другая сторона обязуется осуществлять управление этим имуществом в интересах учредителя управления или указанного им лица (выгодоприобретателя) (ст.850 ГК КР). Передача имущества в доверительное управление не влечет перехода права собственности на него к доверительному управляющему.

Сторонами договора доверительного управления имуществом являются **учредитель** управления и **доверительный управляющий.** Если учредитель управления указывает в договоре вместо себя иное лицо, в интересах которого должен действовать доверительный управляющий, то наряду с двумя названными стороной договора становится третье лицо – **выгодоприобретатель.**

**Предметом** договора доверительного управления и соответственно объектом доверительного управления признается поступающее в доверительное управление **имущество.** Состав такого имущества как существенное условие договора доверительного управления должен быть определен в договоре (п.1 ст.854 ГК КР).

**Объектами** доверительного управления могут быть предприятия и другие имущественные комплексы, отдельные объекты, относящиеся к недвижимому имуществу, ценные бумаги, права, удостоверенные бездокументарными ценными бумагами, исключительные права.

Не могут быть самостоятельным объектом доверительного управления отдельные предметы, относящиеся к движимому имуществу, деньги, вещи, определяемые родовыми признаками. Деньги могут быть объектом доверительного управления лишь в составе предприятия или другого имущественного комплекса, а также при расчетах по деятельности, связанной с доверительным управлением.

Имущество, переданное в доверительное управление, **обособляется** от другого имущества учредителя управления, а также от имущества доверительного управляющего. Это имущество отражается у доверительного управляющего на **отдельном балансе**, и по нему ведется **самостоятельный учет**. Для расчетов по деятельности, связанной с доверительным управлением, открывается **отдельный банковский счет**.

Обращение взыскания по долгам учредителя управления на имущество, переданное им в доверительное управление, не допускается, за исключением банкротства (несостоятельности) этого лица. При банкротстве учредителя управления доверительное управление этим имуществом прекращается и оно включается в конкурсную массу (ст. 856 ГК КР).

Договор доверительного управления имуществом относится к категории **реальных договоров**, т.е. считается заключенным в **момент передачи имущества.** Указанные договора обычно являются **возмездными**. Условия о форме и сроках выплаты вознаграждения доверительному управляющему должны быть в этих случаях обязательно предусмотрены в договоре. При отсутствии в договоре условия о вознаграждении, он считается безвозмездным. Это объясняется в основном несомненной **фидуциарностью** указанного договора, осуществлением соответствующей стороной действий в интересах контрагента.

Не случайно поэтому, например, ст. 76 ГК КР, посвященная **патронажу** над дееспособными гражданами, для решения вопроса об основаниях распоряжения имуществом подопечного предлагает его попечителю (помощнику) на выбор два варианта: заключение либо договора поручения, либо договора доверительного управления.

К числу имеющих практическое значение особенностей рассматриваемого договора можно, в частности, отнести то, что он выражается в передаче имущества доверительному управляющему, который наделяется по отношению к указанному имуществу особыми полномочиями. Следует также отметить, что **предметом** договора на равных выступают как **юридические, так и фактические действия**. Договоры доверительного управления являются **двусторонне-обязывающими**, Договор доверительного управления имуществом должен быть заключен в письменной форме.

**Структура договорных связей по договору поручения**

При добровольном представительстве, включая и случаи, когда речь идет о договоре поручения, складывающиеся между участниками юридические связи можно разделить на **внутренние и внешние.**

**Под внутренними** имеются в виду отношения представителя с представляемым, а **под внешним** – представляемого с третьими лицами. Совокупность тех и других служит достаточным основанием для возникновения отношений между представляемым и третьим лицом.

Поскольку договор поручения представляет собой правовую форму внутренних отношений доверителя с поверенным, сам по себе он не может иметь никакого значения для тех отношений, которые складываются между доверителем и третьим лицом.

Основанием для последних служат **полномочия**, которыми наделяет поверенного, если иное не предусмотрено законом, доверитель. И выражаются они по общему правилу в особом документе – доверенности. Таким образом, заключение договора поручения, возлагающего на поверенного обязанности совершить определенные действия, и наделение полномочиями на их совершение относятся к разным сферам: первая – к внутренней, а вторая – к внешней.

**Формы и срок договора поручения**

Форма договора поручения – **письменная** (ст.803 ГК КР). В отличие от ранее действовавшего законодательства, предъявлявшего к договору поручения общие требования к форме сделки, ГК предусматривает **обязательную письменную форму** договора поручения.

При этом следует иметь в виду, что договор поручения на заключение сделок, требующих нотариального удостоверения, не требует нотариального удостоверения самого договора. В этом случае должна быть нотариально удостоверена выдаваемая доверенность. Таким образом, договор поручения требует простой письменной формы, специальных последствий ее несоблюдения в виде недействительности договора поручения законом не предусмотрено.

Сторонам договора необходимо учитывать, что в соответствии с п.1 ст.807 ГК КР доверитель обязан выдать поверенному **доверенность** на совершение юридических действий, предусмотренных договором поручения. При этом из указанного правила не содержится никаких изъятий, кроме случая, когда полномочия представителя могут явствовать из обстановки, в которой действует представитель (поверенный).

Доверенность необходима для урегулирования взаимоотношений поверенного с третьими лицами, собственно же договор поручения заключается для урегулирования взаимоотношений между доверителем и поверенным. Таким образом, договор поручения и доверенность не являются взаимоисключающими документами и для надлежащего соблюдения формы отношений необходимы и договор поручения, и доверенность.

**Например**. Марина выезжает в Турцию на учебу на один год. Ее подруга попросила привезти из Турции два покрывала и передала 2000 сом. Через полгода Марина приехала на каникулы и принесла Ольге два покрывала. К этому времени Ольга уже купила себе два других покрывала, от получения привезенных покрывала отказалась и потребовала возврата 2000 сом. Марина отказалась вернуть деньги. Ольга обратилась в суд с иском о применении последствий недействительной сделки и взыскании с Марины 2000 сом по тем основаниям, что договор поручения не был заключен в письменной форме, поэтому является ничтожным.

Марина возражала против этого и просила суд признать действительным договор поручения, поскольку договорилась о его существенных условиях сделки, которые ею и истицей выполнены. Кроме того, сумма сделки не превышает 2000 сом, поэтому в силу п.п.1, 2 ст.177 ГК КР соблюдение письменной формы договора не обязательно.

Стороны не исполнили требование ст.803 ГК КР о форме договора поручения, который независимо от суммы следки должен совершаться в письменной форме. Форма письменная, однако, не соблюдение формы не влечет недействительность сделки.

**Срок действия доверенности ограничен**, поэтому необходима **письменная форма** для договора поручения:

-заключенного без указания срока;

-на срок превышающий срок доверенности;

-если же они совпадают, то нет необходимости в письменной форме договора.

К договору поручения имеют непосредственное отношение и правила, относящиеся к **доверенности.** Доверенность может быть **разовой**, уполномочивающей представителя только на однократное совершение одного или нескольких предусмотренных в ней юридических действий: после их совершения доверенность утрачивает силу.

Прямо противоположной разовой является **генеральная доверенность**, предоставляющая представителю возможность совершать от имени доверителя неопределенное число юридических действий. Примером может служить доверенность, которая обычно выдается юридическим лицом руководителю своего филиала или представительства.

Промежуточное положение занимают доверенности, которые с разной степенью конкретности определяют круг юридических действий, которые вправе совершать представитель (**специальная**). Имеется в виду, что в таких случаях в них содержится точное указание конкретных действий или только их признак (пример – выданная фирмой «доверенность на выступление в судебных органах по делам, рассматриваемым с участием фирмы»). Такая доверенность отличается от аналогичной, выдаваемой на участие в конкретном деле. Доверенность как таковая рассчитана на ее представление третьему лицу, по отношению к которому дается поручение (представителю) совершить определенные юридические действия. И хотя вручает доверенность третьему лицу обычно представитель, однако ст.203 п.1 ГК КР допускает и такой вариант, при котором доверенность передается представляемым непосредственно третьему лицу.

При представительстве, основанном на договоре поручения, доверенность исходит от определенной стороны – доверителя и должна содержать указание на **полномочия,** устанавливающие **пределы** возможности выступления представителя от имени представляемого. При этом закон иногда требует прямого указания в доверенности **определенных полномочий**, акцентируя внимание на том, что при отсутствии такого указания признается: поверенный ими не обладает. В частности это относится к некоторым полномочиям представительства в суде.

В доверенности определяется **срок ее действия,** который не может превышать трех лет. Отсутствие срока не делает доверенность недействительной: в таких случаях срок ее действия имеет пределом **один год** со дня ее выдачи. Уже из этого следует, что непременный реквизит доверенности составляет дата выдачи: при ее отсутствии доверенность ничтожна (п.3 ст.203 ГК КР). Определенной особенностью обладают нотариально удостоверенные доверенности, предназначенные для совершения действий за границей: если в такой доверенности отсутствует срок, она будет действовать вплоть до того момента, пока лицо, которое ее выдало, не отменит доверенность (п.4 ст.203 ГК КР).

То обстоятельство, что доверенность должна быть **письменной**, вытекает из самого ее определения как «письменного уполномочия». Ст.203 ГК КР не содержит специальных указаний на то, что нарушение указанного требования влечет за собой недействительность сделки. Однако указание на необходимость письменной формы в определении доверенности можно считать достаточным для признания невозможным приводить в подтверждение наличия полномочий у представителя – при отсутствии письменной доверенности – иных письменных доказательств. Следовательно, п.1 ст.178 ГК КР в данном случае применяться не может.

В виде общего правила доверенность от имени юридического лица должна иметь подпись руководителя или иного лица, уполномоченного учредительными документами, а также печать (последняя имеет значение прежде всего для подтверждения идентичности подписи). Приведенные требования в определенных случаях ужесточаются. В Кодексе речь идет о специальных правилах, установленных для тех юридических лиц, которые основаны на государственной или коммунальной собственности. Выдаваемая ими доверенность на получение или выдачу денег и других имущественных ценностей должна иметь и еще одну подпись – главного (старшего) бухгалтера организации.

Указанная норма (п.2 ст.203 ГК КР) явно рассчитана на защиту интересов собственника соответствующего имущества, ибо собственник как таковой не участвует в выдаче доверенности (в соответствующих случаях доверенность исходит непосредственно от государственного или коммунального юридического лица, то есть того, кто обладает имуществом на производном по отношению к собственности праве оперативного управления или хозяйственного ведения). Таким образом, подобные требования обоснованы спецификой соответствующего вида собственности.

Общим является правило, которым предусмотрено, что доверенность – отдельный от договора поручения документ. Следует отметить, что в ряде случаев в законе предусмотрена возможность установления соответствующих полномочий в самом договоре поручения.

***3. Права и обязанности сторон в договоре поручения***

В договоре поручения сторонами выступают **поверенный** и **доверитель** – тот на ком лежит обязанность совершить соответствующие юридические действия, и тот, от имени и за счет которого эти действия совершаются.

В роли каждой из сторон может участвовать как гражданин, так и юридическое лицо. Применительно к юридическим лицам определенная проблема возникает, в частности, в связи с установлением правового режима участия в обороте их представительств и филиалов. Выполняя вне места нахождения юридического лица его функции–одну (представительство) либо все или их часть (филиалы), те и другие не являются субъектами гражданского права. Следовательно, они не могут участвовать в гражданском обороте от собственного имени, в том числе и на основе договора поручения.

**Например,** при разрешении спора, вытекающего из договора, подписанного руководителем филиала (представительства) от имени филиала и без ссылки на то, что договор заключен от имени юридического лица и по его доверенности, следует выяснять, имелись ли у руководителя филиала (представительства) на момент подписания договора соответствующие полномочия, выраженные в Положении о филиале и доверенности. Сделки, совершенные руководителем филиала (представительства) при наличии таких полномочий, следует считать совершенными от имени юридического лица».

Нормы Гражданского кодекса КР, посвященные содержанию договора поручения, уделяют особое внимание **обязанностям поверенного**, поскольку данный договор может быть и односторонним, когда есть только один должник – поверенный. В последнем случае речь идет о том, что **обязанности доверителя** носят кредиторский характер.

В обязанности поверенного – активной стороны в договоре входит совершение порученных ему доверителем юридических действий. Оценка того, как поверенный исполняет эту обязанность, производится путем сопоставления исполненного с содержанием договора. При этом имеется в виду, что содержание договора может быть определенным образом конкретизировано, полученными поверенным дополнительными указаниями от доверителя. П.1 ст.805 ГК КР особо выделяет требования к такого рода указаниям: они должны быть **правомерными, осуществимыми и конкретными**. Ранее, мы уже подробно рассматривали правовую природу этих указаний доверителя и предъявляемые к ним требования.

**Правомерность** означает, что поверенный при исполнении данного ему поручения должен действовать строго в рамках закона, любое же указание доверителя, предписывающее поверенному действовать вопреки закону, не только не является для поверенного обязательным, но и может повлечь для поверенного, если он все-таки будет ему следовать, неблагоприятные правовые последствия, вплоть до привлечения к ответственности.

**Осуществимость** понимается как возможность исполнения поручения известными и доступными поверенному средствами. При этом сам доверитель может и не знать, как (какими способами) следует исполнять данное им поручение.

**Конкретность** наиболее важна для указаний доверителя. Под конкретностью понимается максимально полное выражение доверителем своих требований к содержанию, способам, условиям и характеру действий, совершаемых поверенным. Поверенному при получении указаний должно быть абсолютно ясно, что именно **конкретно** поручает ему исполнить доверитель. Если такая ясность отсутствует, то поверенный вправе утверждать, что ему были даны неконкретные указания.

Например, как на практике можно определить понятие “**конкретности**”. Ольга решила приобрести однокомнатную квартиру в центре г.Бишкек за 180 тыс. сом и заключила договор поручения с риэлторской конторой «Элита», на имя работника которой выдала доверенность на право совершения договора купли квартиры. Срок договора установлен в два месяца. По окончании срока договора Ольга обратилась в контору по поводу квартиры.

Менеджер объяснил ей, что договор не содержал необходимых для поиска квартиры условий: в каком доме – кирпичном или панельном должна быть квартира, на каком этаже, санузел должен быть раздельным или совмещенным, обязательно ли наличие балкона или лоджии, пол в квартире должен быть деревянным или покрыт линолеумом и др., поэтому фирма считает себя не связанной указанием Ольги.

Юридическое значение требований к указаниям доверителя заключается в том, что если указания не соответствуют требованиям закона, то есть не являются правомерными, осуществимыми и конкретными, то поверенный вправе, а иногда и обязан считать себя не связанным данными ему указаниям.

Установлен особый порядок в ст.805 ГК на случай, если, как полагает поверенный, ему следует **отступить от указаний доверителя**. Поверенный, прежде всего, должен попытаться согласовать необходимые изменения с доверителем. И только если ему не удастся это сделать, может возникнуть вопрос об одностороннем отступлении от порученного.

Для этого должны быть налицо одновременно **три условия**. Первое – сложившиеся обстоятельства создали необходимость такого отступления, второе – речь идет об отступлении в интересах доверителя, третье – согласие доверителя не было получено лишь по той причине, что поверенный либо не имел возможности обратиться к нему по этому поводу, либо, хотя и обратился, но ответа в разумный срок не получил. На поверенном лежит обязанность информировать о состоявшемся отступлении доверителя. **Например,** о том, что он вынужден был продать переданную ему для реализации вещь (товары) по цене ниже указанной в поручении или купить вещь (товары) по более высокой цене.

С учетом особенностей коммерческого представительства, которое зависит от колебаний рынка и соответственно предполагает незамедлительную реакцию на такие колебания, в случаях, когда в роли поверенного выступает коммерческий представитель, договором, носящим предпринимательский характер, может быть установлен более свободный режим. Речь идет о закреплении договором за таким поверенным права **допускать отступление** (п.3 ст.805) от указаний доверителя в его интересах и без предварительного направления уведомления. Такое указание в договоре заведомо признается правомерным. На поверенного – коммерческого представителя возложена только одна обязанность и лишь при условии, что отсутствует иное в самом договоре поручения. Имеется в виду необходимость уведомить доверителя о допущенных отступлениях, притом в разумный срок.

С основной обязанностью поверенного – исполнить поручение доверителя – связан и ряд других, урегулированных уже в виде **диспозитивных норм** в ст.806 ГК КР. Указанные обязанности, которые возлагаются на поверенного, лишь если иное не указано в договоре, объединяет прямо или косвенно выражаемый **фидуциарный характер** договора поручения.

На первое место поставлена необходимость в виде общего правила **лично исполнить поручение**, если только отсутствуют указанные в Кодексе (ст.205 ГК КР) обстоятельства, при которых у поверенного возникает право на передоверие. При этом обязанности личного исполнения распространяется **лишь на юридические действия**.

Что же касается **действий фактических**, то в случаях, когда они вместе с юридическими составляют предмет договора, для их совершения, если иное не предусмотрено в самом договоре, поверенный может привлечь третье лицо. Ответственность за последнего будет нести поверенный по общим правилам об ответственности должника за действия третьего лица.

Поверенный обязан при поступлении к нему соответствующего на этот счет требования от **доверителя сообщать ему все сведения о ходе исполнения данного им поручения (ст.806)**.

Все порученное поверенным по сделкам, которые были совершены во исполнение поручения, принадлежит тому, от имени которого выступает поверенный, то есть доверителю. При этом не имеет значения, идет ли речь о прямо указанном в договоре либо другом имуществе, полученном в связи с исполнением поручения. Права доверителя на соответствующее имущество носят, таким образом, **обязательственный**, а не вещный **характер**.

**Поверенный обязан незамедлительно передавать доверителю все полученное по сделкам, совершенным во исполнение поручения (ст. 806).** Полученные поверенным для доверителя деньги, вещи, документы и иные предметы принадлежат доверителю с момента, когда они вручены поверенному. Если будет установлено, что поверенным допущена просрочка, на него возлагается обязанность возместить доверителю причиненные убытки, а в случае, когда такое нарушение выразилось в просрочке выплаты денежной суммы, - уплатить проценты за пользование чужими средствами в порядке, установленным ст. 360 ГК КР.

**Поверенный обязан информировать доверителя по его требованию о ходе исполнения поручения (ст. 806),** то есть сообщать обо всех обстоятельствах, которые могут воспрепятствовать достижению цели договора. Это дает доверителю возможность быть постоянно в курсе дел и по мере необходимости своевременно отреагировать и предотвратить возможную угрозу его интересам либо изменить к большей для себя выгоде.

После исполнения поручения **поверенный обязан представить доверителю полный отчет с приложением, в случае необходимости, оправдательных документов(ст. 806).** Выполнение такой обязанности имеет значение для сложных поручений, охватывающих необходимость совершения большого количества различных действий, финансовых расчетов, согласования условий контрактов и т.п. В большинстве случаев поверенному поручается совершение какого-либо одного действия, которое завершается передачей полученного доверителю.

Поверенный обязан по исполнении поручения либо в случае прекращения договора до его исполнения **возвратить доверителю доверенность, срок действия которой не истек (ст. 806)**.

**Обязанностям доверителя** посвящена ст.807 ГК КР. Если не считать необходимости выплатить вознаграждение, все остальные указанные в этой статье обязанности могут возлагаться на поверенного независимо от того, является заключенный сторонами договор возмездным или безвозмездным. Такая унификация стала возможной по той причине, что обязанности, о которых идет речь, и на это уже обращалось внимание, носят в значительной мере **кредиторский характер.**

Первая из таких обязанностей связана непосредственно с необходимостью обеспечить исполнение обязательств поверенным. Имеется в виду **выдача доверенности (**доверенностей) на совершение предусмотренных договором юридических действий. Поскольку совершение таких действий поверенным возможно только при наличии у него на этот счет доверенности, во всех случаях, когда выданная доверенность (доверенности) охватывает только часть указанных в договоре действий, объем обязательств поверенного перед доверителем ограничивается содержанием самой доверенности. И, наоборот, если доверенность в части предусмотренных в ней положений оказывается более широкой по сравнению с договором, обязательство поверенного должно включать только то, что предусмотрено в договоре.

Обязанность, о которой идет речь, считается исполненной и тогда, когда согласно п.1 ст.203 ГК КР доверенность вручается доверителем не самому поверенному, а непосредственно третьему лицу, по отношению к которому поверенный должен совершать соответствующие действия.

Особо выделена ситуация, при которой данная обязанность вообще не возникает: когда доверенность оказывается ненужной, например, в случаях, при которых полномочие, как предусмотрено в п.1 ст.200 ГК КР, явствует из обстановки, в которой действует представитель. К числу таких же обеспечивающих исполнение договора поверенным обязанностей доверителя относится **наделение поверенного средствами,** которые необходимы для исполнения поручения (п.2 ст.807 ГК КР). В отличие от указанной, обязанность возместить издержки не содержит такой же, какая установлена в отношении наделения поверенного средствами, ссылки на «необходимость». Однако есть все основания распространить подобное ограничение и на издержки. Имеется в виду, что поверенный имеет право на возмещение только таких понесенных им издержек, необходимость которых он сможет доказать.

Еще одна обязанность, кредиторская по своей природе – без промедления **принять от поверенного все исполненное им в соответствии с договором (ст. 807).** С ее нарушением доверитель впадает в просрочку, что влечет за собой наступление установленных в связи с этим последствий (ст. 369 ГК КР).

Последнюю из закрепленных в ст. 807 ГК КР обязанностей доверителя, присущую только возмездному договора поручения, составляет **выплата вознаграждения поверенному.** Ей посвящена специальная статья Кодекса (804), которая предусматривает, что соответствующая обязанность возникает у доверителя, если на этот счет есть специальное указание в законе, ином правовом акте или договоре поручения. И только в случаях, когда поручение связано с осуществлением хотя бы одной из сторон предпринимательской деятельности, для ее возникновения у доверителя достаточно отсутствия на этот счет в договоре иного.

Если порядок выплаты вознаграждения не предусмотрен в договоре, следует исходить из того, что она должна производиться после того, как поручение будет исполнено. В случае, когда в договоре отсутствует размер оплаты и она не может быть определена исходя из условий договора, в соответствии с п.3 ст. 390 ГК КР, к которой отсылает п.2 ст.804 Кодекса, выплата должна производиться по цене, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные услуги.

Поскольку возмездное оказание услуг в форме поручения составляет существо профессиональной деятельности коммерческих представителей, законодатель счел необходимым принять особые меры к защите их интересов. Гражданский кодекс КР с этой целью предусмотрел, что, если в роли поверенного выступает **коммерческий представитель**, обязательства доверителя перед ним обеспечиваются **удержанием**. Предметом указанного способа обеспечения обязательств служат вещи, которые коммерческий поверенный получил по совершенной им сделке и должен передать доверителю. Обеспечение удержанием распространяется на такие лежащие, на доверителе как должнике обязательства, как выплата причитающегося вознаграждения, компенсация понесенных коммерческим поверенным издержек и др.

Особенности того же договора – коммерческого представительства – составляет и еще одна гарантия, на этот раз установленная в интересах доверителя. Она выражается в возложении на коммерческого представителя обязанности сохранять, в тайне ставшие ему известными **сведения о торговых сделках**. Эта обязанность в отличие от других обязанностей сторон продолжает действовать после прекращения договора (п.3 ст.184 ГК КР).

***Прекращение договора поручения***

Особенностью договора поручения является возможность его прекращения любой из сторон в **одностороннем порядке.** Это объясняется лично-доверительным характером отношений по данному договору. При этом отказ от договора поручения является **правомерным действием** и не рассматривается как нарушение обязательства.

Следующей особенностью договора поручения является его **личный характер**, взаимное доверие сторон. Особое доверие той из сторон, которая дала поручение, к тому, кого она выбрала для его исполнения. Именно под таким углом зрения должен оцениваться набор указанных в законе оснований прекращения договора.

Хотя **фидуциарность** и является применительно к поручению **односторонней**, существование договора зависит в равной мере от судьбы и того, кому оказано доверие, и того, кто это доверие оказывает. По указанной причине применительно к обеим сторонам в договоре установлены аналогичные последствия для одних и тех же обстоятельств. Речь идет о смерти, признании недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим (п.1ст.809 ГК КР).

**Применительно к доверителю** это связано с тем, что в случае его смерти нет уверенности, что тому же поверенному окажут необходимое доверие наследники доверителя, а при признании его, доверителя, недееспособным или ограниченно дееспособным указанные сомнения относятся уже к лицу, назначенному в этой связи опекуном или соответственно попечителем (ст.67,68 ГК КР), а при безвестном отсутствии – и тому, кто на основании решения суда заключит договор доверительного управления имуществом безвестно отсутствующего (п.1ст.78 ГК КР)

В принципе не исключено, что лицо, которому предстоит выразить свою волю (наследник, опекун, попечитель, доверительный управляющий), остановит свой выбор на том же, кто был и ранее поверенным. Однако, придавая особое значение фидуциарности договора, законодатель счел недостаточным молчаливое подтверждение согласия на продолжение действия договора со стороны указанных лиц; им в таких случаях придется заново не только выдать доверенность, но и **заключить договор поручения**.

**Применительно к поверенному** необходимость прекращения договора при перечисленных обстоятельствах связана с тем, что если смерть и безвестное отсутствие создают для поверенного фактическую невозможность исполнить поручение, то признание его недееспособным или ограниченно дееспособным порождает невозможность юридическую, поскольку, как уже отмечалось, в роли поверенного может выступать только дееспособное лицо.

**Фидуциарность договора** предопределила и необычное для обязательств вообще и договорных, в частности, решение вопроса о возможности их **одностороннего прекращения**.

Если ст. 370, 411 ГК КР устанавливают **презумпцию** в пользу нерасторжимости обязательств, в том числе договоров, то для договора поручения Кодекс не только закрепил за каждым из контрагентов право **односторонне расторгнуть договор** (имеется в виду возможность для доверителя отменить поручение, а для поверенного – отказаться от поручения), но одновременно установил, что, во-первых, это можно сделать **во всякое время**, и, во-вторых, соглашение сторон, которое предусматривает их отказ от такого права, признается ничтожным (п.п.1,2 ст.809 ГК КР).

Свобода прекращения договора поручения по воле одной из сторон распространяется и на отношения коммерческого представительства. Существующие отличия состоят главным образом в возложении на отказавшуюся от договора сторону обязанности **уведомить контрагента**, сделав это за 30 дней, если только договором не установлен более длительный срок. В случаях, когда отказ от поручения вызван реорганизацией юридического лица – коммерческого представителя, доверитель свободен от необходимости предварительного на этот счет уведомления. Таким образом, даже в отношениях с участием предпринимателей, личный характер, **фидуциарность** сохраняют свое значение, предоставляя возможность каждой из сторон самостоятельно решать вопрос о судьбе договора.

Правила, относящиеся к прекращению договора поручения, учитывают тесную связь этого **договора с доверенностью.** Принимая во внимание значение доверенности как непременного способа достижения цели договора поручения – совершения указанных в нем юридических действий, редакция ст. 809 ГК КР совпадает в основной части по содержанию со ст.206 ГК КР, посвященной **прекращению доверенности**. Это дает возможность предусмотреть в Кодексе **случаи,** при которых происходит **одновременное прекращение** действия и договора поручения, и доверенности.

Одно из немногих расхождений состоит в том, что ст.809 ГК КР в числе общих оснований прекращения договора поручения, в отличие от оснований прекращения доверенности, указанных в ст.206 ГК КР, не упоминает о прекращении юридического лица – стороны в правоотношении.

Однако следует иметь в виду, что такое основание прекращения обязательства, как квалификация любой из сторон – кредитора и должника, закреплено в ст. 380 ГК КР (на случай, если иное не предусмотрено в законе или ином правовом акте).

Что же касается **реорганизации** в случае **прекращения** юридического лица, отсутствие указания на это обстоятельство в ст. 809 ГК КР означает сохранение действия договора поручения, если только соответствующая сторона (ее правопреемник) не воспользуется правом на отмену поручения или соответственно на отказ от него.

Расхождение состоит и в том, что **истечение срока действия** доверенности не включено в число обязательных оснований прекращения договора поручения. Следовательно, открывается возможность возникновения ситуации, при которой срок действия доверенности истек и она по этой причине считается прекращенной, а действие договора поручения продолжается. Тогда сохраняет силу закрепленная в ст. 807 ГК КР обязанность доверителя выдать доверенность.

В данной ситуации это означает необходимость замены «заявленной» доверенности новой. Однако здесь следует учесть действие п.2 ст. 802 ГК КР. Имеется в виду, что обязанность заменить доверенность прекращается, если стороны, воспользовавшись предоставленной им этим пунктом возможностью, предусмотрели в договоре **предельный срок**, в течение которого поверенный вправе действовать от имени доверителя и при этом указанный срок к моменту истечения срока действия доверенности также истек.

Возможна вместе с тем и прямо противоположная ситуация: договор поручения прекращен, а срок действия доверенности не истек, притом что ни одна из сторон не потребовала отмены доверенности или соответственно от нее не отказалась. Поскольку доверенность продолжает свое действие, а следовательно, полномочия бывшего поверенного на выступление от имени бывшего доверителя сохранились, заключенный поверенным после прекращения договора сделки, порождают вытекающие из них права и обязанности у представляемого – бывшего доверителя.

**Последствиям прекращения** договора поручения посвящена ст. 810 ГК КР. Она содержит на этот счет одну общую и две специальных нормы.

**Общая норма** (п.1 ст.810 ГК КР) имеет в виду ситуацию, при которой к моменту прекращения поручения оно не было исполнено поверенным полностью. Тогда на доверителя возлагается обязанность возместить поверенному издержки, которые тот успел понести при исполнении поручения. А если поверенному причиталось вознаграждение, оно также должно быть ему выплачено соразмерно выполненной работе. Указанная обязанность, включая компенсацию убытков и выплату вознаграждения, не возникает, если окажется, что поручение хотя и было исполнено, но уже после того, как поверенный узнал или по крайней мере должен был узнать, что оно прекращено. Тем самым, продолжая в подобных случаях действия по исполнению поручения, несмотря на его отмену, поверенный принимает на себя связанный с этим риск. Следует, однако, иметь в виду, что при соответствующих обстоятельствах поверенный сможет воспользоваться правом, предусмотренным главой 50 для того, кто действовал в чужом интересе без поручения.

Признание за сторонами свободы прекращения договора поручения имеет своим последствием то, что поверенный и доверитель в равной мере свободны от необходимости **возмещать убытки**, которые возникли у контрагента вследствие имевших место **отмены** поручения или соответственно отказа от него.

Однако это не относится к случаю, когда доверитель сможет доказать, что отказ поверенного от исполнения последовал в особых для доверителя условиях: когда он оказался лишенным возможности иначе обеспечить свои интересы. Имеется в виду, что в подобной ситуации за доверителем признается право на возмещение убытков.

Установлены **особые последствия** и для одностороннего прекращения договора, в котором поверенный выступает в качестве коммерческого представителя. В подобных случаях независимо от того, прекращен договор самим коммерческим представителем, выступающим в роли поверенного, или доверителем, тот, кто действует подобным образом, обязан возместить причиненные им в связи с этим контрагенту убытки (доверитель – коммерческому представителю и соответственно коммерческий представитель – доверителю).

Статья 811 ГК КР, защищая особым образом **интересы доверителя** на случай смерти поверенного или ликвидации выступающего в роли поверенного юридического лица, возлагает на наследников – в первом случае и ликвидаторов – во втором определенные обязанности. Эти обязанности включают непременное извещение доверителя о состоявшемся прекращении договора поручения, а также принятие необходимых для охраны имущества доверителя мер (особо выделено сохранение вещей и документов) с последующей передачей этого имущества доверителю. При нарушении перечисленными лицами этой вытекающей непосредственно из закона (ст.811 ГК КР) обязанности может возникнуть вопрос о возмещении доверителю причиненных таким образом **убытков.**

Определенные взаимные права и обязанности могут связывать доверителя и поверенного также в связи с **отменой** выданной во исполнение договора поручения **доверенности**. Последствиям такой отмены посвящена ст.206 ГК КР, (п.4) возлагает на лицо, которое выдало доверенность, а затем ее отменило, обязанность уведомить об этом того, кому была выдана доверенность, а также известных ему третьих лиц – тех, по отношению к которым представитель (поверенный) должен был осуществить юридические действия. Аналогичная обязанность возлагается на правопреемников лица, выдавшего доверенность.

Особого внимания заслуживает правило (п.5 ст.206 ГК КР), которое определяет момент наступления последствий **прекращения доверенности** тем, кто ее выдал. Имеется в виду, что права и обязанности, возникшие в результате совершения представителем (а значит, и поверенным) действий, предусмотренных в выданной ему доверенности, до момента, когда он узнал или должен был узнать о прекращении доверенности, сохраняют силу и для того, кто выдал доверенность, и для его правопреемников по отношению к третьим лицам. Таким образом, определяющее значение, в частности, для решения вопроса о сохранении силы заключаемого после прекращения доверенности договора в данном случае имеет момент, в который об этом узнал представитель (поверенный).

Однако из приведенного правила сделано исключение, предусмотренное той же ст. 206 ГК КР на случай, если, заключая договор, третье лицо – контрагент по этому договору знало или должно было знать о том, что к указанному моменту доверенность была уже отменена.

 Наконец следует указать, что с целью исключить возможную неопределенность в ситуации, возникшей при отмене доверенности или соответственно отказе от нее, п.6 ст.206 ГК возложил на лицо, которому была выдана доверенность, а равно его правопреемников обязанность немедленно **вернуть доверенность** тому, кто ее выдал.

Некоторые расхождения в редакции п.6 ст.206 ГК КР возлагающей на лицо, которому выдана доверенность, обязанность немедленно вернуть ее доверителю, и ст.806 ГК КР, на основании которой поверенный обязан вернуть доверителю только такую доверенность, срок действия которой не истек сам по себе, не имеют практического значения, поскольку, во-первых, в случае истечения срока действия доверенность все равно утрачивает силу и, во-вторых, указанное обстоятельство (истечение срока) нетрудно установить и самому третьему лицу.

**ТЕМА: ДОГОВОР КОМИССИИ**

**1.Понятие и особенности договора комиссии**

**2.Содержание договора комиссии**

**3.Права и обязанности сторон по договору комиссии**

**I.Понятие и особенности договора комиссии**

**Понятие договора комиссии**

По договору комиссии одна сторона (комиссионер) обязуется по поручению другой стороны (комитента) за вознаграждение совершить одну или несколько сделок от своего имени, но за счет комитента (ст.822 ГК КР).

Один из исходных принципов гражданского права заключается в том, что каждый его субъект, и физическое и юридическое лицо, **сам** **распоряжается** принадлежащими ему имущественными правами и в принципе сам приобретает их для себя.

Правообладатель не всегда может лично **сам** **распорядиться** принадлежащим ему правом, иногда ему приходится прибегать к услугам других лиц.

Например, к услугам представителя, который распоряжается чужим имуществом, но от имени представляемого. Здесь налицо сравнительно несложное отношение: в этом случае представитель является как бы продолжением правообладателя, если он действует в пределах выданного ему полномочия.

Итак, как правило, распоряжение правом осуществляет правообладатель. Третье лицо не может осуществлять такое распоряжение.

Однако последовательное проведение этого начала практически невозможно, поскольку приходится осуществлять права, принадлежащие недееспособным, а иногда вполне дееспособное лицо находится в положении, когда ему неудобно (а иногда и невозможно) лично осуществлять распоряжение принадлежащим ему правом.

Для решения указанной **коллизии** в право был введен **институт представительства**, когда третье лицо действует от имени, за счет и в интересах **правообладателя-доверителя** на основании имеющихся у него полномочий.

Эти **полномочия** связывают доверителя и поверенного, поверенный несет ответственность перед доверителем за совершение сделки, не соответствующей его полномочиям.

Но они связывают и контрагента по сделке, совершаемой поверенным, который должен ознакомиться с содержанием п**олномочий**; при несоответствии сделки их пределам такая сделка может быть признана недействительной.

Подобная ситуация в ряде случаев крайне неудобна для экономического оборота. Третье лицо, участвующее в сделке, желает получить большие гарантии ее надежности и не быть связанным условиями поручения.

Для решения этой проблемы и был разработан договор комиссии, когда комиссионер действует по поручению комитента, но третье лицо (контрагент комиссионера) никак не связано полномочиями комитента, оно не знает о них, они ему безразличны, он имеет дело только с комиссионером как с правообладателем и в этом специфика **правовой природы** комиссионного посредничества.

Поэтому необходимо разобраться в **правовой природе** договора о комиссионном посредничестве.

Во-первых, необходимо определить права, существующие на момент совершения сделки, основанные на договоре комиссии и которые на этот момент принадлежат комитенту

Во-вторых, права, которые комиссионер приобретает в интересах комитента.

В-третьих, как суммарное выражение соотношения уже существовавших и вновь приобретенных прав - общее определение договора комиссии и его признаков.

ГК КР содержит прямую формулировку в ст.830:“имущество, поступившее к комиссионеру от комитента либо приобретенное комиссионером за счет комитента, является собственностью комитента“.

Следовательно, приведенная первая формулировка касается имущества, которое уже было у комитента (уже существовавшими до совершения сделки) на основе комиссии и касается не только имущества, но и имущественных прав.

Вторая формулировка касается передачи вновь приобретенных прав, особого порядка их передачи и т.д. (правами, являющимися результатом сделки, которые комитент может или должен приобрести в результате ее осуществления).

Права приобретает комиссионер и он должен передать их комитенту (а последний обязан их принять, освободив комиссионера от обязательств по заключенному им от своего имени договору).

Следовательно, никакие из этих прав не переходят, все они остаются у комитента. А это означает, что комиссионер в принципе вообще распоряжается не своими, а чужими правами.

Смешение этих двух разных ситуаций юридически совершенно неправомерно.

Особое внимание следует уделить правам, приобретенным по сделке, заключенной на комиссионной основе комиссионером.

При заключении такой сделки от имени комиссионера права приобретает только он, но эти права, приобретенные в интересах комитента, должны передаваться последнему.

Необходимо отметить, что передачи прав может требовать каждая из сторон договора. Комиссионер вправе требовать от комитента освободить его от прав и обязанностей, приобретенных им для последнего, а комитент вправе потребовать от комиссионера передачи приобретенных им прав.

П.1 cт.825 ГК прямо предусматривает: ”По сделке, совершенной комиссионером с третьим лицом, приобретает права и становится обязанным комиссионер, хотя бы комитент и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки“.

Поэтому никак нельзя путать собственно **договор комиссии** и заключаемую на его основе **последующую сделку** (договор купли-продажи, договор об отчуждении права, лицензионный договор и т.п.).

Комиссия-это, по сути дела, **полномочие** распоряжаться чужими **правами.**

Следовательно, сказанное о переходе **прав**, появившихся на основании заключения комиссионного договора, никак не относится к **правам**, уже существовавшим до его заключения, у них разная юридическая природа

Для передачи относительных **прав** требуется оформление специальной документации (составление отчета комитента, составление акта о передаче документов, фиксирующих права и обязанности, равно как и акта о принятии таких документов), тогда как для принятия вещных **прав** достаточно вручения вещи и ее принятия комитентом. (Дозорцев В. В трех соснах…О возможности распоряжаться чужими правами / Хозяйство и право. N1. 2003).

Сказанное о **материальных правах** полностью распространяется и на **интеллектуальные права**.

Чужим авторским правом можно распоряжаться так же, как и любым другим имущественным правом. При этом надо исходить из того, что речь идет о праве не только автора, а любого **правообладателя.**

Все рассмотренные правила полностью распространяются и на **комиссионный вариант агентского договора**.

Фактически агентский договор распадается на два варианта - по конструкции договора комиссии и по конструкции договора поручения. Единственное, что их отличает от этих **базовых** договоров, -это возможность совершения не только **юридических, но и фактических** **действий.**

Но сочетание **юридических с фактическими** **действиями** (в комиссионном и порученческом варианте) в ГК никак не выражено, оно выглядит не как юридически органичное единство, а лишь как искусственный словесный оборот, призванный заслонить механическое заимствование из английского права, в котором агентский договор представляет собой разновидность фидуциарной сделки.

Как фактические действия сочетаются с этими вариантами остается неясным (Дозорцев В. Хозяйство и право. N 1. 2003).

По его мнению, примером сочетания фактических и юридических действий является в ГК транспортная экспедиция, которая почему-то сконструирована не как разновидность агентского договора, а как самостоятельный транспортный договор.

Следовательно, механическое заимствование института из другой правовой система (например, из английского права), как правило, невозможно, и данный случай - один из примеров такого положения.

ГК прямо предусматривает, что в случае неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь в собственность, в хозяйственное ведение, в оперативное управление или в возмездное пользование кредитору последний вправе требовать отобрания этой вещи у должника и передачи ее кредитору на предусмотренных обязательством условиях.

Важным, представляется, прежде всего, выделение **признаков**, содержащихся в определении договора комиссии, и **характеристика** каждого из них.

**Понятие представительства чужих интересов**

Исследование правовой природы юридических услуг и отграничение от смежных договоров является актуальной и достаточно проблемной задачей в гражданском праве. Поэтому важно четко определить классификацию и квалификацию услуг, какие услуги законодатель рассматривает в качестве юридических и фактических, требующих особой правовой регламентации.

Именно направленность на совершение юридических действий, имеющих значение **юридического факта**, является квалифицирующим признаком рассматриваемых обязательств.

 Однако, необходимо учитывать, что в рамках данных договоров могут оказываться не только **юридические**, но и **фактические услуги.** Поэтому необходимо четко квалифицировать **родовую принадлежность** в зависимости от того, какие конкретно работы (услуги) оказываются.

В указанных обязательствах необходимо четко очерчивать предмет договора и предмет обязательства, субъектный состав, содержание обязательств, существенные условия договоров.

Смысл представительства чужих интересов можно свести к тому, что одно лицо **«замещает»** другое с тем, что действия первого лица влекут юридически значимые последствия именно для второго лица – того, от чьего имени первое лицо действовало.

В связи с возрастанием роли гражданского права в регулировании соответствующих правоотношений растет роль и института представительства чужих интересов, призванного облегчать и расширять возможности приобретения и осуществления гражданских прав и обязанностей.

Этим обуславливается и необходимость определения понятия и юридической природы представительства и полномочия (глосс) в гражданском праве.

**Под представительством** понимается правоотношение, в силу которого правомерные юридические действия, совершенные одним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого**)**, непосредственно создают, изменяют или прекращают для последнего права и обязанности (Брагинский М.И., Витрянский В.В.Договорное право. Общие положения. – М. СТАТУТ.1997.C.138).

Между ними возникают **внутренние правоотношения** представительства. Представляемый находится с представителем в правоотношении, вытекающем из договора поручения, комиссии, агентирования, доверительного управления и т.д.

В состав правоотношения как “структурно-сложного“ правоотношения включается также **внешнее правоотношение**, между представителем и третьим лицом в процессе заключения сделки или совершения иного юридического действия.

Следовательно, юридические действия, совершаемые представителем, являются одним из элементов юридического состава (одним из юридических фактов, входящих в совокупность юридических фактов, образующих юридический состав), который вместе с другими элементами юридического состава является основанием возникновения, изменения или прекращения гражданских правоотношений между представляемым и третьим лицом (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве /ЮРИСТ. N 12.1999).

В соответствии с теорией права под **полномочием** понимается право представителя совершать сделки и другие юридические действия от имени представляемого и тем самым создавать для него правовые последствия (Гражданское право: Учебник /Под ред. С.П.Гришаева.- М.: Юристъ, 1999.C.92)

Необходимо иметь в виду, что в содержание правоотношения представительства между представляемым и представителем помимо **полномочия** и соответствующей ему обязанности представляемого входит также **обязанность представителя** не совершать от имени представляемого сделки в отношении себя лично, а также в отношении другого лица, представителем которого он является.

Следовательно, правоотношение представительства является **сложно-структурным правоотношением.**

Таким образом, **правоотношение представительства** - это правоотношение между представителем и представляемым, содержащее право представителя совершить определенные юридические действия от имени и в интересах представляемого (**полномочие**) и соответствующую ему обязанность представляемого признать **правовые последствия** таких действий представителя (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве. ЮРИСТЪ. N12. 1999).

**Поручение**, выражает возложение одним лицом на другое лицо совершения различных по характеру **действий (юридических или фактических).**

Предмет поручения составляет совершение **определенных юридических или фактических действий**, которые могут быть совершены **«от имени и по поручению другого или от имени самого поверенного», как например в договоре комиссии**.

А сами эти действия выражаются в том, что их совершение предполагает выступление одной из сторон договора от имени своего контрагента. Именно этот вид поручения, по поводу которого заключается одноименный договор, предназначен служить **правовым основанием** для **представительства чужих интересов**.

Формирование рынка услуг привело к возникновению новых видов отношений, связанных с оказанием **посреднических услуг**. Теперь можно выбрать тот тип договоров, который наиболее соответствует отношениям партнеров.

Смысл всех договоров оформляющих посредническую деятельность заключается в обеспечении **интересов** какого-либо одного лица действиями другого лица (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве / Юрист . N12. 1999).

**Представительство** - это отношение, в силу которого одно лицо (представитель) совершает **юридические (фактические) действия** от имени другого лица (представляемого), и правовые последствия этих действий, если они совершены в пределах предоставленных представителю полномочий, возникают непосредственно для представляемого.

Особенность гражданского оборота выражается в том, что все охватываемые им многообразные правоотношения носят волевой характер. При этом волеобразующим действиям участников гражданского оборота придается особое значение применительно к **динамике развития** гражданских правоотношений.

Тщательное исследование природы представительства позволило указать на семь **существенных моментов**,определяющих сущность соответствующей модели обязательства.

Эти **существенные моменты** выражаются в том, что:

1."представительство есть понятие юридическое, оно состоит в заключении юридической сделки";

2.“представитель, заключая сделку, действует вместо принципала";

3. "представитель заключает сделку на имя принципала";

4."представитель заключает юридическую сделку с намерением воспроизвести для принципала такие юридические последствия, какие наступили бы, если бы тот сам контактировал";

5.“представитель должен иметь полномочие от принципала для совершения юридической сделки на имя последнего";

6."необходимое для бытия представительства полномочие должно основываться на каком – нибудь правовом моменте";

7.представительство "основывается на разделении свойств контрагента и субъекта сделки между представителем и принципалом и на мыслимом соединении обоих этих свойств посредством фикции в лице представляемого " ( Брагинский М.B. Договор поручения/ Хозяйство и право. N4 .2001).

По общему правилу, каждое лицо (гражданин или юридическое лицо) самостоятельно совершает сделки и приобретает права и обязанности в результате указанных действий. Существуют случаи, когда лицо не может по каким-либо причинам самостоятельно действовать в гражданском обороте, совершать сделки и заключать договоры, тем самым оно вынуждено обратиться к другому лицу, которое будет представлять его интересы.

Отвечая этим потребностям, право и создало особый институт - **представительство**.

**Представительство** – правоотношение, в соответствии с которым одно лицо (представитель) на основании имеющегося у него полномочия выступает от имени другого лица (представляемого), непосредственно создавая (изменяя, прекращая) для него права и обязанности, т.е. это такие отношения лиц, при которых последствия сделок, совершенных одним лицом от имени другого, автоматически переходят на последнего (представляемого) (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве/ Юрист.N 12. 1999).

Потребность в представительстве возникает как в силу объективных причин (отсутствие дееспособности физического лица), так и по субъективным причинам (отсутствие знаний, опыта, времени).

Юридические лица всегда осуществляют свою деятельность через представителей: органы управления, руководителя или иных уполномоченных лиц. Но не все сделки могут быть совершены через представителя.

Не допускается совершение через представителя сделки, которая по своему характеру может быть совершена только лично, а равно других сделок, указанных в законе.

Представитель всегда действует не только в **интересах**, но и от **имени представляемого**. Поэтому не являются представителями лица, действующие хотя и в чужих интересах, но от собственного имени (коммерческие посредники, ликвидаторы - конкурсные управляющие при банкротстве и т.п.).

По этому же признаку **не является представителем комиссионер** в договоре комиссии, который действует хотя и за счет другого лица, но **от собственного имени.** Осуществление представителем действий от имени представляемого не требует обязательного указания в заключаемых представителем сделках имени представляемого.

Отсутствие в тексте договора указания на то, что он заключен от имени другого лица и по его полномочиям, не может служить основанием для признания такого договора недействительным.

Представитель действует в интересах представляемого и от его имени, но **самостоятельно,** т.е. имеет **свою волю при совершении сделок**. Тем самым, не является представителем лицо (рукоприкладчик), которое непосредственно подписывает сделку (договор) за другое физическое лицо, не способное собственноручно подписаться вследствие физического недостатка, болезни или неграмотности.

В данном случае рукоприкладчик не выражает свою волю при подписании сделки, а подтверждает волю другого лица.

Таким образом, **отличительными признаками** представительства являются:

-юридическая деятельность представителя;

-осуществление деятельности представителем от **имени представляемого**;

-наличие самостоятельной воли представителя.

Участники представительства получили в праве определенные названия:

-лицо, совершающее сделку от имени другого, называется **представителем;**

**-**лицо, в интересах которого совершается сделка, называется **представляемым;**

**-**а лица, с которыми заключается сделка, получили название **третьих лиц**.

**Представляемым** может быть любое лицо, обладающее **правоспособностью,** т.е. способностью иметь гражданские права и обязанности.

Представляемым может быть любое физическое лицо с момента его рождения и любое юридическое лицо с момента его государственной регистрации.

Особые требования предъявляются к правовому статусу представителя. **Представителем** может быть только лицо, обладающее **полной дееспособностью**, поскольку при отсутствии дееспособности представитель не сможет заключить сделку.

**Третьим лицом,** с которым представитель заключает сделку, может быть любой субъект права.

В законодательстве установлено несколько ограничений, связанных с правовым статусом третьих лиц. Закон не допускает совпадения в одном лице представителя и третьего лица, поскольку представитель не может совершать сделки от имени представляемого в отношении себя лично.

Не допускается также совершение сделок представителем в отношении другого лица, представителем которого он одновременно является, за исключением случаев коммерческого представительства (Брагинский М.И. Договор поручения. Приложение к журналу “ Хозяйство и право“ N 4. 2001).

Представительство, как правило, основано на определенном отношении представляемого и представителя. Представительство может возникнуть как в результате добровольного волеизъявления представляемого, так и независимо от подобного волеизъявления при наличии определенных оснований.

Существует **четыре основания возникновения** представительства:

-норма закона;

-акт уполномоченного государственного органа или органа местного самоуправления;

-доверенность;

-обстановка, в которой действует представитель (продавец в розничной торговле, кассир и т.п.).

Представительство выступает в неодинаковых правовых формах. При этом для классификации его форм используются различные **критерии (глосс)**. С первым из них связано деление представительства на прямое и косвенное (В.Ю.Бакшинскас. Договорные обязательства: теория и практика. М.1997. С.124).

Различие между ними состоит в том, что при **прямом** - представитель своими действиями прямо (непосредственно) создает права и обязанности у того, кого он представляет. **Например,** **ярким примером является договор поручения**.

А при **косвенном** - представитель своими действиями создает права и обязанности у самого себя с тем, что эти права и обязанности он должен перенести с себя на того, кто дал ему соответствующее поручение. **Примером,** **является заключение договора комиссии**.

Представительство может быть основано также на соглашении представляемого и представителя, оформленном в договоре или доверенности. Указанная разновидность получила название **добровольного представительства.**

Отличительным признаком добровольного представительства является добровольное волеизъявление представляемого, который сам выбирает представителя; в данном случае полномочия удостоверяются договором **поручения** или **доверенностью** представляемого. Однако, отличительной особенностью договора комиссии является то, что он действует без доверенности.

**Полномочия представителя**. Закон обязывает представителя действовать только в пределах имеющихся у него полномочий. Полномочием представителя называются **объем** и **условия сделок**, которые он вправе совершать.

Объем полномочий представителя определяется **законом** или **доверенностью**. В том случае если представитель совершает сделку в пределах установленных полномочий, представляемый обязан принять на себя все последствия данной сделки.

Отказ от сделки со стороны представляемого возможен только при доказанности превышения полномочий представителем. Полномочия представителя могут быть ограничены как кругом совершаемых сделок, так и условиями, которые представитель обязан соблюдать при заключении сделки.

Особой разновидностью представительства является **коммерческое представительство**.

**Коммерческим представителем** является лицо, постоянно и самостоятельно представительствующее от имени предпринимателей при заключении ими договоров в сфере предпринимательской деятельности. (п.1 ст.202 ГК КР).

Поскольку коммерческий представитель постоянно осуществляет свои действия в сфере предпринимательской деятельности, то выступать в данной роли может только коммерческая организация или индивидуальный предприниматель.

**Коммерческое представительство** принципиально отличается от обыкновенного представительства. Как было указано выше, в отношениях представительства не допускается, чтобы одно лицо было одновременно представителем разных сторон в сделке. В случае коммерческого представительства допускается одновременное представительство разных сторон в сделке с согласия этих сторон и в других случаях, предусмотренных законом.

**Особенности (признаки) договора комиссии**

**1.Предметом договора комиссии являются только сделки**.

Перечень таких сделок является **существенным условием** договора. Следовательно, содержание обязанности комиссионера – в совершении **сделок**.

Объектом договора комиссии может быть, в основном, любая правомерная **сделка**. Правда, целью комиссионного обязательства магазина может быть не всякая сделка, а главным образом сделка купли-продажи.

Это вовсе не означает, что результат исполнения договора преобразует сущность комиссионного обязательства в куплю-продажу.

Комиссионное обязательство - особое правовое средство, в результате применения которого могут достигаться разнообразные цели: купля-продажа, наем, заем, и т.д.

Нельзя же допустить, чтобы в каждом случае комиссия преобразовалась то в куплю-продажу, то в наем, то в заем.

Хотя средство и цель связанны между собой, нельзя их отождествлять и не видеть существенного различия между ними.

Например, при помощи станков можно создавать самые разнообразные изделия, но это вовсе не означает, что станок превращается в эти изделия.

Правильный подход к решению вопроса о юридической природе комиссионного обязательства имеет большое значение не только теоретическое, но и практическое. От решения этого вопроса зависит решение другого вопроса - какое законодательство необходимо применять при разрешении споров между сторонами: нормы, регулирующие комиссионные обязательства или обязательства купли-продажи или поставки.

Во-первых, юридическая природа договора поставки настолько существенно отличается от договора комиссии, что здесь невозможна аналогия между ними.

Во-вторых, основное содержание прав и обязанностей сторон в договоре комиссии в корне отличается от содержания отношений между поставщиком и заказчиком (комиссионное вознаграждение, аванс, ценнообразование, способы реализации продукции, расчеты, ответственность сторон).

В-третьих, имущественные отношения сторон по договору поставки и комиссии регулируется разными источниками права.

Поэтому нельзя применить к договору комиссии нормы, регулирующие договор поставки.

**Например**, комиссионер обязуется совершить определенную **сделку**. Однако, это не значит, что предметом договора может быть исключительно одна конкретная сделка.

В зависимости от соглашения сторон, может быть дано поручение на комиссионных началах совершить целый ряд сделок, определяемых лишь по родовым признакам, например, на покупку или продажу товаров; на заключение договора страхования; на транспортировку и т.п.

Следовательно, комиссионер обязуется оказать **специфическую правовую помощь**, а поэтому данные соглашения порождают **обязательства** по оказанию **услуг юридического характера**.

Комиссионер, договариваясь с собственником материальных ценностей о заключении соответствующих сделок и определении их условий, осуществляет **юридическую деятельность**, которой присущи следующий черты:

-правовой характер (заключение сделки);

-определение объема сделки в поручении комитента;

-выступление комиссионера от своего имени, но за счет комитента.

Следовательно, в комиссионном обязательстве налицо:

-**предмет** собственного комиссионного соглашения (**деятельность** по оказанию **юридических услуг**) и,

-**предмет (объект)** комиссионной купли-продажи (конкретное имущество).

Следовательно, можно провести отличие от договора купли - продажи и поставки по **предмету** правового регулирования; если в этих договорах **предметом** договора является возмездная передача имущества в собственность или хозяйственное ведение, то **предметом** комиссионного обязательства - только оказание услуги по такой передаче.

Много сходного у договора комиссии с договором поручения как обязательства представления юридических услуг.

В обоих случаях одно лицо совершает юридические действия в интересах другого и за его счет.

Пределы полномочий комиссионера и поверенного определяются поручением, даваемым комитентом или доверителем.

Материальный результат действий обоих посредников переносится на тех, в чьих интересах они действовали.

Однако по сделке, заключенной поверенным с третьим лицом, приобретает права и обязанности непосредственно доверитель.

Напротив, при договоре комиссии между комитентом и третьими лицами, с которыми заключил сделку комиссионер, никаких обязательственно-правовых отношений не возникает.

По сравнению с комиссионером у поверенного более широкий круг деятельности, ибо если комиссионер только заключает сделки, то поверенный, помимо этого, может совершать и иные юридические и фактические действия, не запрещенные законом.

Взгляды юристов на юридическую природу комиссионного обязательства не одинаковы. Если объединить и классифицировать отдельные положения, которые встречаются в литературе, то их можно было бы условно распределить в основном на 4 группы, рассматривающие **комиссионное обязательство** как разновидность следующих правоотношений:

1. Купли-продажи или поставки;

2. Поручения или представительства;

3. Перепоручения;

4. Посредничества и фидуциарной сделки.

Взгляд на комиссионное обязательство как на разновидность купли-продажи является подкупающим и заманчивым, поскольку комиссионное обязательство функционирует в сфере торговли, реализации товаров и его конечной целью в большинстве случаев является **купля-продажа** имущества.

Хотя одной из конечных целей договора комиссии является совершение сделок **купли-продажи** и они играют ведущую роль в сфере деятельности комиссионных организаций, тем не менее, купля-продажа для комиссионного обязательства лишь одна из многих возможных целей.

Юридическая природа и содержание обязательств купли - продажи и комиссии в корне отличны друг от друга.

В том случае, когда комиссионер покупает вещь у комитета, он действует не как комиссионер, а как покупатель, который становится собственником вещи, он вправе в любое время потребовать расторжения договора с возвратом вещи; требовать оплаты хранения вещи и т.д.

Выплата аванса по комиссионному договору никогда не завершает отношений и расчетов между сторонами, не означает исполнения и прекращения договора и не создает права на собственность у комиссионера.

Собственником товаров всегда остается комитет, и до реализации товаров он всегда может требовать расторжения договора и возращения вещей.

Комитент имеет право в случае существенных разногласий сторон (например, о качестве, ценах) вернуть комиссионеру полученный аванс, потребовать возврата товаров, расторжение договора без уплаты комиссионного вознаграждения.

Такие явления чужды договору купли-продажи.

Именно с комиссионным посредничеством связано развитие **комиссионной торговли**. Сложность в изучении и раскрытии данной темы заключается в многоликости комиссионной торговли - известно значительное разнообразие видов купли-продажи с элементами комиссионного обязательства.

Посредническая характеристика договора комиссии не вызывает сомнений.

Договор комиссии является отдельным самостоятельным видом в системе договоров, которому присущ особый предмет деятельности должника (комиссионера), заключающийся в **коммерческом посредничестве**.

Ярким примером **коммерческого посредничества** является такая ситуация: если договором сторон предусмотрено проведение акции по рекламе товаров с последующей комиссионной продажей таковых в интересах и за счет владельца товаров, то в случае полного проведения рекламы и несостоявшегося объема продаж должник (комиссионер) имеет право на вознаграждение за рекламные услуги, но не вправе требовать выплаты комиссионного вознаграждения за сделки, которые не были совершены.

Вместе с тем комиссионная услуга как вид коммерческого посредничества может быть компонентом **смешанных договоров**, не образующих системной группы договоров, как, например, договоров транспортной экспедиции, лизинга, агентирования (Афонченко А.Г. Комиссия в системе договорных обязательств. “ЮРИСТ” N 6. 2007).

**2.Комиссионер действует** “**по поручению комитента**“.

Чтобы отграничить договоры комиссии и поручения, лучше бы сказать “по полномочию“.

Это означает, что все действия (в том числе и по распоряжению чужими правами) комиссионер осуществляет на основе полученных им по договору комиссии **полномочий.**

За деятельность в соответствии с полномочиями комиссионер несет ответственность-но не перед третьим лицом, с которым заключается сделка, а только перед комитентом.

Характеризует комиссию так же как **вид косвенного представительства** и то, что договор комиссии есть один из видов сделок, оформляющих "**представительство**", т.к. действия комиссионера производится по поручению и за счет комитента, но от имени комиссионера, что делает его **косвенным**, а не прямым представительством.

Эта теория **косвенного** договорного представительства по сути дела ведет к аналогии договора комиссии и поручения, с чем согласиться невозможно. Отсюда вывод, что комиссионное обязательство не сливается ни с представительством, ни с поручением, а является видом самостоятельного обязательства.

Поэтому третьих лиц следует привлекать к исполнению комиссионного обязательства не в качестве субкомиссионеров, а в качестве поверенных.

Третьи лица становятся участниками не комиссионного, а иного правоотношения с комиссионером: купли-продажи, найма, займа, которые являются самостоятельными, обособленными от комиссионного правоотношения.

Третье лицо и комитент не знают друг друга, поэтому в договоре комиссии участвуют два лица - комитент и комиссионер.

**3.Комиссионер совершает сделки** **от своего имени**.

Комиссионеру дано право от своего имени распоряжаться чужим имуществом. Это не возложение исполнения обязательства на третье лицо, не представительство и не договор поручения.

**4.Комиссионер действует** **за счет комитента**.

Это значит, что комиссионер совершает сделки на основе имущества комитента, с его использованием, распоряжается имуществом комитента (то есть чужими правами).

Расходы производятся непосредственно за счет имущества, принадлежащего комитенту, или комитент возмещает комиссионеру все расходы по совершению сделок и вытекающие из сделок.

Между комиссионером и комитентом возникает **обязательственное отношение.**

**5**.**Комиссионер действует в интересах комитента**.

Комиссии присущ еще один признак, прямо не названный в определении. Комиссионер действует винтересах комитента, то есть ради возникновения у него прав и обязанностей, для него, не в своих интересах.

Приобретенные права должны быть переданы комитенту, а созданные обязанности - возложены на него. Распоряжение чужими правами внутренне присуще договору комиссии.

**6.Договор комиссии является** **возмездным.**

Комиссионер за выполняемую им работу по совершению сделок получает **вознаграждение**.

Из определения договора видно, что договор комиссии является **возмездным** и **двусторонним.** Он взаимно управомачивает и обязывает обе стороны.

Комиссионер обязан выполнить поручение комитета, например, реализовать вещь, и имеет право требовать уплаты комиссионного вознаграждения.

Комитент имеет право требовать от комиссионера выполнения поручения и обязан уплатить комиссионное вознаграждение.

Договор комиссии, в отличие от договора поручения, всегда **возмезден.**

Из определения договора видно, что комиссионное соглашение представляет собой **возмездный** договор.

Для него характерно, что торговое посредничество осуществляется за вознаграждение и для заключения договора достаточно достижения между сторонами согласия по всем существенным условиям, причем каждая сторона приобретает как право, так и обязанности.

В соответствии с принципом возмездности комиссионер имеет право на вознаграждение за оказываемые услуги, независимо от того, оговаривалось ли это условие при заключении договора, то есть, достаточен сам факт возникновения соглашения.

Цена договора комиссии определяется ценой комиссионной сделки и размером комиссионного вознаграждения.

**7. Договор комиссии является консенсуальным.**

Комиссия-это договор, для возникновения которого необходимо соглашение сторон, притом он имеет **консенсуальный характер**: договор считается заключенным при наличии соглашения сторон.

Дискуссионной оказалась проблема вида договора - относится договор комиссии к **консенсуальным** или реальным сделкам.

Многие ученые считают договор комиссии видом **консенсуальной** сделки и, следовательно, для его возникновения достаточно заключения соглашения, т.е. комиссионное обязательство возникает до передачи вещи, т.к. консенсуальность договора комиссии не меняется, вследствие совпадения по времени принятия комиссионером на комиссию имущества с моментом заключения договора.

И оценка и осмотр вещи комиссионером не что иное, как технические вспомогательные действия, а сама передача вещи осуществляется лишь после заключения договора и на его основании.

Другие считают договор комиссии видом реального договора. Если комитет обязался сдать вещи на комиссию в определенный срок и не сдал их, то в этом случае нет просрочки и ответственности комитета.

Следовательно, договор комиссии **- консенсуальное соглашение.** Для его заключения не требуется фактической передачи вещи, достаточно договориться, когда и на каких условиях она будет передана комиссионеру.

Момент, когда стороны оформили эту договоренность надлежащим образом, определяет время возникновения между ними гражданских прав и обязанностей.

Передача предмета на продажу правового значения для возникновения договора не имеет.

Права и обязанности сторон по договору комиссии возникают до передачи вещи, в частности, у комитента-обязанность передать вещь комиссионеру в надлежащем количестве и качестве.

По приведенным признакам договор комиссии приближается к договору поручения. Отношения сторон также основаны на взаимном личном доверии.

Комиссионер, как и поверенный, обязуется исполнить поручение за счет и в интересах комитента, но действует от своего имени, заключает сделки лично и непосредственно с контрагентами, которым совершенно неизвестно, за чей счет он действует.

**8.Закон предусматривает личное исполнение** комиссионером поручения комитента.

 Комиссионеру для облегчения процесса торгового посредничества разрешено законом привлекать другого комиссионера, заключая с ним договор **субкомиссии.**

При этом комиссионер приобретает в отношении **субкомиссионера** права и обязанности комитента.

Комиссионер отвечает перед комитентом за действия субкомиссионера, как за свои собственные.

Поэтому до прекращения договора комиссии комитент не вправе без согласия комиссионера вступать в непосредственные отношения с субкомиссионером, если иное не предусмотрено договором комиссии.

Согласия комитента на это не требуется, однако он должен быть извещен о факте привлечения нового контрагента к выполнению его поручения и волен решать, с кем ему производить окончательные расчеты: с первым или вторым комиссионером.

В договоре, во избежание споров следует указывать способ определения вознаграждения за оказанные юридические услуги.

- в виде процентов отчислений от суммы сделок;

- или с чистой прибыли;

- или же смешанный способ.

**9. Договор комиссии - доверительная (фидуциарная) сделка.**

Элемент доверия связан с внутренними и внешними правоотношениями комиссионера:

1. **доверие** должно быть между комитентом и комиссионером;

2. **доверие** должно быть между комиссионером и третьим лицом.

Иоффе О.С. относит комиссионное правоотношение к виду доверительных **(**фидуциарных) сделок**,** т.е. сделок, основанных на **доверии** сторон (Иоффе О.С. Советское гражданское право, М., 1975 с.207-208).

С таким выводом следует согласиться, если иметь в виду правила ГК о договоре комиссии вообще. Поскольку по ГК в качестве комитентов и комиссионеров участвуют граждане, момент доверия имеет существенное значение для возникновения, исполнения и прекращения комиссионного обязательства.

Иоффе О.С. прав и в том случае, если мы обратимся к конкретной современной разновидности договора комиссии граждан с комиссионными магазинами.

Подобно поручению, в договоре комиссии **презюмируются** наличие **доверия** между комитентом и комиссионером. Но вместе с тем перед третьим лицом комиссионер выступает без доверенности комитента.

Третье лицо должно принимать полномочия комиссионера на веру, т.е. верить в то, что он - комиссионер и уполномочен на совершение сделок.

**II. Содержание договора комиссии**

**Структура договорных связей.**

Итак, при заключении, и, главным образом, при исполнении договора комиссии возникает правовая цепочка из трех звеньев: комитент, комиссионер, третье лицо. Рассмотрим их **правовое положение**.

Комиссионер-посредник между комитентом (собственником вещи) и покупателем (ее приобретателем). Особенность комиссионного посредничества заключается в том, что комиссионер выполняет поручение комитента **самостоятельно**, выступая в гражданском обороте от собственного имени и отвечая перед третьими лицами за совершаемую сделку.

Здесь как бы развиваются типичные для торговли отношения между продавцом и покупателем.

Возникают отношения комиссионера с его контрагентами, которые оформляются в виде двух **договоров**.

Во-первых, собственно комиссионный **договор,** заключаемый с комитентом (то есть договор поручения), во-вторых, **договор** комиссионной купли-продажи (договор на реализацию имущества) между комиссионером и покупателем.

Возникают двоякие отношения: внутренние и внешние.

Внутренние характеризуются тем, что комиссионер, действуя от своего имени, совершает сделку не для себя, а для комитента.

Внешние-третьи лица считают стороной в договоре только комиссионера.

Возникновение первого правоотношения предопределяет появление второго, на которое оно оказывает существенное воздействие.

В договоре комиссии комиссионер исполняет волю комитента, с которым согласовываются условия оказания торгово-посреднических услуг.

Однако в отношениях с покупателями он выступает как самостоятельно хозяйствующий субъект.

Именно к нему, а не к комитенту должны быть направлены все претензии третьих лиц по поводу совершенной сделки.

Законом установлено, что по сделке, совершенной комиссионером с третьим лицом, приобретает права и становится обязанным комиссионер, хотя бы комитент и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению этой сделки.

**Следовательно, можно сделать выводы о том, что содержание договора** комиссии является весьма сложным. В него входят два ряда существенно отличных правоотношений:

- внутренние и внешние;

- вещные и обязательственные;

**Внутренние правоотношения** представляют собой обязательство комиссионного поручения. Они являются одним из самых существенных составных элементов содержания договора комиссии.

Это подтверждается тремя **особенностями договора комиссии**:

- комиссионер действует как представитель по поручению комитента;

- за счет комитента;

- в интересах комитента.

В осуществлении цели и достижения всех результатов исполнения договора комиссии заинтересован комитет, которому комиссионер и обязан передать все права и обязанности после того, как поручение исполнено.

Названные черты договора комиссии свидетельствуют о глубокой связи обязательств в комиссии и поручения.

Обязательство поручения встречается в виде самостоятельного договора и в качестве составного элемента в договоре комиссии (как и в ряде других договоров подряда, перевозки, хранения и т.д.)

Поэтому о своеобразии содержания договора комиссии нужно судить не только по внутренним правоотношениям комитента с комиссионером, но и по тем **внешним правоотношениям,** которые неизменно выступают в неразрывной связи с внутренними правоотношениями.

Будучи лицом, фактически зависящим от воли и права комитента, комиссионер во вне выступает, однако, как лицо независимое, самостоятельное от своего имени.

В этом состоит **двойственность**  правового положения комиссионера в гражданском обороте.

**Двойственность** комиссионного обязательства состоит не только в том, что в нем различаются внутренние и внешние правоотношения, но и в сочетании в комиссионном обязательстве вещных и обязательственных правоотношений. **Двойственность** комиссионного обязательства состоит в том, что комиссионер одновременно участвует в двух правоотношениях: поручения и комиссии и сочетает их в своем лице.

В отношениях с третьими лицами комиссионер приобретает права, несет обязанности и принимает на себя ответственность.

В праве обособленного выступления от своего имени и самостоятельной имущественной ответственности комиссионера перед третьими лицами коренится та юридическая особенность договора комиссии, которая выделяет его в системе гражданских договоров в самостоятельный институт гражданского права.

В договоре комиссии в качестве комитента, всегда выступает собственник или иное лицо, наделенное правом владения и распоряжения имуществом.

При заключении договора через поверенного стороной в договоре является доверитель, а не поверенный.

В силу закона вещи, переданные на комиссию, признаются **собственностью комитента.** Однако некоторые цивилисты по существу допускают возникновение права собственности на стороне комиссионера на вещи, принятые на комиссию.

**Предметом** договора комиссии могут быть лишь предметы, определенные индивидуальными признаками, или предметы, хотя и определенные родовыми признаками, но индивидуализированные сторонами.

Комиссионеру передано право распоряжения имуществом, поэтому он подобно собственнику может отчуждать его третьим лицам, будучи на деле не собственником, а **участником обязательственного правоотношения**, комиссионер управомочен совершать такие действия, в результате которых прекращается право собственности на вещь комитента и вещь передается в собственность третьего лица.

В сделке комиссионера с третьими лицами имеет место **акт отчуждения** вещи, например, по договору купли-продажи.

Управомоченный отчуждатель своими действиями прекращает право собственности комитента и передает не право, а вещь в собственность приобретателя, у которого возникает свое право собственности.

Если при купле-продаже собственник передает не право, а вещь в собственность покупателя, то комиссионер тем более не может "переносить право собственности" от комиссионера к покупателю.

**III. Права и обязанности сторон договора комиссии**

Договор комиссии - **двустороннее соглашение**, на основании которого между его участниками возникают **взаимные** (**встречные**) права и обязанности, а также **ответственность** за неисполнение или ненадлежащее исполнение комиссионного обязательства.

**Обязанности комиссионера:**

Согласно ст.826 ГК - основная обязанность комиссионера - **надлежащее исполнение** поручения комитента, в **его интересах** и **согласно его указаний**.

В случае отсутствия указаний комитента, в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями к исполнению сделок.

Комиссионное поручение аналогично поручению доверителя; комиссионер, как и поверенный, действует в соответствии с **полномочиями**, полученными от комитента.

**Полномочие** определяет вид сделки, условия ее заключения и способ реализации. Это означает, что комиссионер-представитель комитента.

Но в отличие от обычного (прямого) представительства, при котором представитель всегда действует в интересах и от имени представляемого, в данном случае, комиссионер в отношениях с третьими лицами выступает как самостоятельный субъект.

Такое представительство называют неполным, непрямым или косвенным. Выступление во внешних отношениях от собственного имени объясняет и то, что комиссионеру не выдается доверенность и нет нужды в проверке его полномочий, а также предопределяется характер возникающих конкретных прав и обязанностей сторон.

Комитент может дать комиссионеру:

-точные указания по выполнению поручения, обозначив в договоре определенную цену, количество, качество, вид товара, условия расчетов и т. д.;

-или указать только общие условия поручения, предоставив свободу действий комиссионеру в определенных границах относительно цены покупаемого или продаваемого товара ( от стольких-то сомов за кг. или: продать не ниже, а купить не дороже такой то цены), то есть предоставить ему, так называемый " лимит", и то же самое относительно других условий: порядка расчета, сроков, способов доставки товара, условий кредитования и т.д.;

-наконец, комитент доверяя личности комиссионера, его опытности и знания дела (квалификации), может не давать никаких стесняющих работу указаний, предоставив комиссионеру выполнить поручение по своему усмотрению.

Само собой, стороны делают выбор того или иного способа в каждом отдельном случае в зависимости от личного доверия и от особенностей каждого поручения, исполнение которого требует большей или меньшей свободы действий.

Согласно ст. 826 ГК КР принятое на себя поручение комиссионер обязан исполнить **наиболее выгодно** для комитента.

Под условиями, наиболее выгодными для комитента, понимается не только сама купля-продажа, но и вся посредническая деятельность, направленная на достижение поставленной цели:

- установление справедливой цены;

- выбор способа хранения, транспортировки, упаковки товара и т.д.

Комиссионер во всех случаях обязан действовать со всей необходимой **заботливостью** и **осмотрительностью** (профессионально).

Соблюдая тот же принцип **наибольшей выгоды,** комиссионер вправе выйти за рамки поручения.

Основание и последствия такого поведения установлены в законе (ст.826, ст.829).

Ст.829 ГК - отступить от условий договора комиссионер вправе лишь, если в силу изменившихся обстоятельств это необходимо в интересах комитента, снестись с которым невозможно, либо ответ от которого на сделанный запрос своевременно не получен.

Время, в течение которого комиссионер должен ждать ответа на запрос, определено в законе в общей форме. В части 1 ст.829 ГК КР говорится лишь, что ответ должен быть своевременным.

Независимо от причин, по которым не состоялось предварительное уведомление комитента, комиссионер обязан сообщить доверителю о допущенных отступлениях, как только **уведомление** станет возможным.

Неполучение в положенный срок ответа комитента на **уведомление** (запрос) комиссионера не лишает последнего возможности действовать самостоятельно, в том числе с отступлением от условий договора, но не освобождает его от обязанности в любом случае уведомить комитента обо всех уже совершенных действиях.

Так, если сделка будет заключена на условиях более выгодных, чем было предусмотрено договором, вся выгода делится поровну, если иное не предусмотрено договором ( ч.2 ст. 826 ГК КР).

Если комиссионер нарушает указания комитента и продает вещь по стоимости, ниже обусловленной договором, хотя для этого нет указанных в законе или договоре причин, то он обязан возместить причиненные убытки в виде разницы в ценах, то есть рассчитаться по первоначальной, а не по фактической продажной цене (ст.829).

Во всех случаях отступление комиссионера от указаний комитента не влияет на права третьих лиц, для которых он остается самостоятельным торговым партнером.

Комиссионер не вправе предъявить к ним какие-то требования о возмещении потерь, понесенных им из-за нарушения условий договора.

Комиссионер, исполнив поручение в точном соответствии с указаниями комитента, не отвечает за последствия, невыгодные для комитента; в случае же отступления от указаний, напротив, несет ответственность за нарушение договора.

Ст.832 ГК КР устанавливает, что комиссионер отвечает перед комитентом за **утрату, недостачу или повреждение** находящегося у него имущества комитента, если не докажет, что утрата, недостача или повреждение произошли не по его вине.

В приведенном положении закона установлены основания и пределы ответственности за **утрату, недостачу или повреждение**, а именно: обязанность возместить убытки наступает только при наличии **вины,** а доказывать свою невиновность должен сам комиссионер.

Иными словами, в данном случае действует так называемая презумпция (предположение) виновности комиссионера, пока не будет доказано обратное.

Последнее обстоятельство призвано заставить комиссионера вести порученное дело добросовестным и разумным образом, собрать необходимые доказательства и обо всем без промедления сообщить комитенту.

Как и в случаях установления ненадлежащего качества принятого товара, комиссионер обнаружив факт утраты, повреждения или недостачи имущества, обязан принять все меры к охране прав комитента (ст.832).

Подобное извещение важно не только в смысле выполнения договорной обязанности перед комитентом, но имеет значение и для комиссионера, так как он тем самым ограждает себя от возможных претензий, когда ущерб причиняется по вине третьих лиц.

Принцип ответственности комиссионера только за **вину**, решает вопрос возмещения убытков при случайном причинении вреда. По общему правилу, такие убытки несет сам комитент как собственник имущества.

Комиссионер обязан реализовать заключенную сделку. Он должен исполнить все обязанности и осуществить все права, вытекающие из сделки, то есть передать проданную вещь новому собственнику, получить ее стоимость, или наоборот, принять купленную вещь для комитента, уплатить ее стоимость и т.д.

**Ответственность комиссионера:**

Если сделка принесла убытки комитенту, то комиссионер обязан их возместить.

Он освобождается от ответственности (возмещения разницы), если докажет, что сделка была необходима и предупредила возникновение больших убытков.

Ст.826 ГК - обращает внимание на специфику комиссионного посредничества: комиссионер отвечает перед комитентом за **действительность** и **законность сделки**, но не за ее **исполнимость** третьими лицами.

Это означает, что если покупатель будет отрицать сам факт заключения сделки, то претензии предъявляются комиссионеру.

Но если приобретатель имущества, не оспаривая факт заключения сделки с комиссионером, отказывается ее исполнять, то ответственность будет нести сам приобретатель, а не комиссионер.

Данное правило знает два исключения:

-ст.826 ГК КР разрешает сторонам устанавливать иной порядок ответственности путем заключения специального соглашения о ручательстве (делькредере) комиссионера за исполнение заключенных сделок.

Тогда при отказе покупателя от исполнения сделки, возможно предъявление требований как к покупателю, так и к комиссионеру.

-поскольку третьи лица не находятся в правоотношениях с комитентом, ст. 826 ГК говорит о том, что, если комиссионер не проявил необходимой осмотрительности в выборе третьего лица сделки, заключенной с ним за счет комитента, то в случае нарушения ими сделки, заключенной с комиссионером, последний без промедления должен уведомить об этом комитента, собрать и обеспечить необходимые доказательства, принять меры к защите интересов комитента, передать комитенту все права по такой сделке.

Передача прав производится с соблюдением правил об уступке требования.

Комитент, извещенный о неправомерном поведении третьего лица, вправе потребовать передачи ему всех претензий, имеющихся у комиссионера к контрагенту по заключенной сделке.

Комиссионер обязан представить отчет комитенту о всех произведенных действиях, по исполнении всего поручения или его части в зависимости от характера договора.

Отчет должен сопровождаться оправдательными документами (накладными, расписками, счет - фактурами, квитанциями и т.д.).

Срок представления, порядок отчета и т.д. должен быть указан в договоре комиссии подробно.

Комиссионер обязан вместе с отчетом передать комитенту все полученное для него - деньгами, обязательствами, товаром и т.д. согласно условий договора. В договоре может быть предусмотрена ответственность за просрочку и задержку отчетности.

Комиссионер несет ответственность перед комитентом за **утрату, недостачу** или **повреждение** находящегося у него имущества комитента (ст. 832).

Но поскольку право собственности на имущество принадлежит комитенту и, следовательно, **риск случайной гибели** также лежит на нем, комиссионер отвечает лишь за свои собственные упущения.

Ст.832 ГК-комиссионер, не застраховавший находящееся у него имущество комитента, отвечает за это лишь в случаях, когда комитент предписал ему застраховать имущество за счет комитента либо страхование этого имущества комиссионером предусмотрено в обязательном порядке законом, договором или обычаями делового оборота.

**Права комиссионера:**

**-**требовать вознаграждения и возмещения расходов, даже если договор не исполнен, но по вине комитента;

-заключать договор субкомиссии, оставаясь ответственным за действия субкомиссионера перед комитентом, если иное не предусмотрено договором;

-удерживать вещи, которые подлежат передаче комитенту либо лицу, указанному комитентом, до полного расчета за все совершенное по договору;

-удерживать все причитающиеся ему по договору комиссии суммы из всех сумм, поступивших к нему за счет комитента;

-требовать возмещения убытков, причиненных отменой поручения;

**Обязанности комитента:**

Комитент обязан принять от комиссионера все исполненное по поручению, осмотреть имущество, освободить комиссионера от обязательств, принятых им на себя в ходе комиссионного посредничества (ст. 834 ГК КР).

Комитент обязан произвести с комиссионером полный расчет (ст. 835 ГК КР). Расчет слагается из уплаты вознаграждения и возмещения дополнительных расходов комиссионера по исполнению поручения.

Важен для данного договора способ обеспечения исполнения обязательств. Отношения комитента и комиссионера, по существу, связаны с взаимными требованиями, выполнение которых нуждается в обеспечении.

Комиссионер имеет право получить комиссионное вознаграждение и возмещение необходимых расходов по исполнению поручения, но это его требование не было бы обеспечено, если бы законом не разрешалось производить удержание (ст.830 ГК КР).

Закон признает в этом случае за комиссионером залоговое право на находящееся у него имущество комитента.

С другой стороны, комитент, доверяющий товары и деньги, не в меньшей мере нуждается в обеспечении. Применяется поручительство, депонирование, векселя, неустойка, ручательство комиссионера и т.д. в зависимости от соглашения сторон при заключении договора.

Комитент обязан сообщить свои возражения на отчет комиссионера в 30-дневный срок со дня его представления, иначе отчет считается принятым без возражений.

**Комитент вправе:**

-в любое время отказаться от исполнения договора с возмещением комиссионеру причиненных этим убытков;

-давать указания комиссионеру в отношении исполнения поручения;

-требовать представления отчета и передачи всего полученного по договору комиссии.

**ТЕМА: ДОГОВОР АГЕНТИРОВАНИЯ**

**1.Понятие договора агентирования**

**2.Содержание агентского договора**

**3.Договор агентирования в зарубежной практике**

**I. Понятие договора агентирования**

Представительство - это отношение, в силу которого одно лицо (представитель) совершает юридические действия от имени другого лица (представляемого), и правовые последствия этих действий, если они совершены в пределах предоставленных представителю полномочий, возникают непосредственно для представляемого.

Деление **представительства** на договорное и законное является в настоящее время общепризнанным. Хотя в ГК КР не проводится различие между договором поручения и полномочием, на практике полномочие рассматривается как одностороннее заявление представляемого и не связывается обязательно с договором поручения.

**Представительство** основывается на полномочии, возникающем либо в силу личного заявления представляемого, связанного обычно с представителем особым договором о представительстве (**договорное представительство)**, либо в силу закона, предоставляющего такое право лицам, обладающим родительскими или опекунскими правами (**законное представительство**). Полномочие может быть не только прямо выраженным, но и подразумеваемым (Брагинский М. И. Договор поручения./Хозяйство и право. N4. 2001).

**Предметом поручения** может быть ведение отдельных либо всех дел представляемого. Объем полномочий представителя вытекает из договора. Договоры, заключенные представителем, обязывают представляемого в том случае, если представитель не вышел за пределы предоставленных ему полномочий.

В противном случае представляемый будет связан договором, если прямо или молчаливо одобрит его. Если такого одобрения не последует, а представитель, в свою очередь, надлежащим образом не осведомит третье лицо о действительном объеме своих полномочий, то он сам становится обязанным перед этим третьим лицом.

Сделка, заключенная одним лицом от имени другого без полномочия, порождает права и обязанности для представляемого лишь при последующем одобрении им сделки.

На лицо, заключившее договор при отсутствии у него полномочий, переходят все права и обязанности по договору в случае отказа в подтверждении его представляемым, если контрагент знал или должен был знать об отсутствии у него полномочий.

Тщательное исследование природы **представительства** позволило указать на семь существенных моментов, определяющих **сущность**  соответствующей модели. Они выражаются в том, что:

-"**представительство** есть понятие юридическое, оно состоит в заключении юридической сделки"(1.);

-"представитель, заключая сделку, действует вместо принципала"(2);

-"представитель заключает сделку на имя принципала"(3);

-"представитель заключает юридическую сделку с намерением воспроизвести для принципала такие юридические последствия, какие наступили бы, если бы тот сам контактировал"(4);

-"представитель должен иметь полномочие от принципала для совершения юридической сделки на имя последнего"(5);

-"необходимое для бытия представительства полномочие должно основываться на каком-нибудь правовом моменте"(6);

-представительство "основывается на разделении свойств контрагента и субъекта сделки между представителем и принципалом и на мыслимом соединении обоих этих свойств посредством фикции в лице представляемого "(7) (Брагинский М.B. Договор поручения /Хозяйство и право. N4. 2001).

Агентский договор является новым для нашего законодательства. Он широко распространен в англо-американском праве, где заменяет собой традиционные для континентальной системы права договоры поручения и комиссии.

Однако нельзя считать, что этот договор полностью перенесен в ГК КР из англо-американского правопорядка, хотя влияние последнего на этот институт невозможно отрицать.

Поэтому мы более подробно остановимся на освещении опыта указанной правовой системы и проанализируем некоторые положения, представляющие для нас огромный интерес.

**Конструкция агентского договора** в нашем гражданском праве преследует цель достаточно четкого правового оформления отношений, в которых посредник (представитель) совершает в чужих интересах как сделки и другие **юридические действия**, так и **действия фактического порядка**, не влекущие юридических последствий.

Данному договору посвящены статьи 843-849 ГК КР.

Согласно ст.843 ГК по агентскому договору одна сторона (**агент**) обязуется за вознаграждение совершать по поручению другой стороны (принципала) юридические и иные действия от своего имени, но за счет принципала, либо от имени и за счет принципала.

 Например, лицо, действующее в качестве **агента**, может взять на себя задачу сбыта чужих товаров, имея в виду не только заключение договоров купли-продажи, но и проведение рекламной компании и других мероприятий по изучению и освоению рынка (маркетинговые услуги).

Агентская деятельность такого рода возможна и в культурно-творческой сфере, где предприниматели (" импресарио", " антрепренеры") осуществляют как юридические, так и фактические действия по организации и проведению различных театральных, концертных, гастрольных и тому подобных мероприятий.

Во всех этих и аналогичных им ситуациях невозможно обойтись одной из традиционных договорных конструкций поручения, комиссии или подряда.

Необходимо заключать либо несколько различных, но тесно взаимосвязанных договоров между одними и теми же субъектами, либо сложный смешанный (комплексный) состав договорного обязательства.

Институт агентского договора позволяет значительно упростить такую ситуацию. В агентском договоре исполнитель-агент обязуется по поручению и за счет своего принципала совершать в его интересах юридические и иные (фактические) действия либо от своего имени, либо от имени принципала.

В первом случае взаимоотношения агента и принципала строятся в основном по модели договора комиссии, а во втором - по модели договора поручения (ст.843 ГК КР).

Если агент по данному договору действует от собственного имени, он и становится стороной сделок, заключенных им с третьими лицами, причем и в том случае, когда эти лица знали о совершении сделки в интересах принципала, а не его агента, либо даже сам принципал вступил с третьим лицом - контрагентом по сделке в непосредственные отношения по его исполнению.

Лишь после заключения сделки агент должен будет передать права и обязанности по ней своему принципалу. Такой подход характерен для договора комиссии (ст.822 ГК КР).

**Следовательно, агентские договоры могут строиться либо по модели договора поручения, либо по модели договора комиссии.**

**Модель договора поручения.** Агент действует от имени принципала - в этом случае по сделке, совершенной агентом с третьим лицом, права и обязанности возникают непосредственно у принципала.

**Модель договора комиссии**. Агент действует от собственного имени - в этом случае по сделке, совершенной агентом с третьим лицом, приобретает права и обязанности агент.

Агентирование относится к группе обязательств, направленных на **выполнение работ** и **оказание услуг**. Поскольку в рамках агентского договора могут оказываться не только юридические, но и фактические услуги, родовая принадлежность его к договору возмездного оказания услуг или к группе договоров, направленных на оказание юридических услуг, определяется в зависимости от того, **какие конкретно услуги** оказываются.

Это означает, что агентский договор **характеризуется**:

-общими признаками, присущими всем договорам, направленным на выполнение работ (оказание услуг);

-признаками, отличающими конкретные услуги (фактические или юридические), оказываемые по тому или иному агентскому договору;

-специфическими признаками, выделяющими агентский договор среди остальных обязательств.

 К регламентации фактических услуг применяются правила о возмездном оказании услуг, не противоречащих специфике агентирования.

 К отношениям оказания юридических услуг, имеющимся в агентском договоре, применяются правила о поручении или комиссии, если эти правила не противоречат специальным положениям об агентировании или существу агентского договора.

 Важно учитывать, что согласно ГК **предметом агентирования** могут быть лишь такие фактические и юридические услуги, которые носят **посреднический характер.**

Поручение и комиссия предназначены для того, чтобы регулировать **посредническую** деятельность, направленную на совершение конкретных или достаточно определенныхюридических действий (при поручении) или сделок (при комиссии).

Между тем во многих случаях лицу поручается не совершение конкретных (разовых) юридических и фактических действий, а систематическое осуществление деятельности по оказанию неопределенного количества юридических и фактических действий посреднического характера.

Отсутствие индивидуального определения конкретных юридических и фактических действий, систематическое совершение которых поручается агенту, является основным квалифицирующим признаком агентирования, требующим специфического правового регулирования.

В рассматриваемом институте агентирования определены ***принципы правового регулирования длящихся отношений по оказанию неопределенного количества юридических и иных услуг посреднического характера.***

По договору поручения одна сторона (поверенный) обязуется совершить от имени и за счет другой стороны (доверителя) определенные юридические действия, в результате совершения которых права и обязанности возникают непосредственно у доверителя (п. 1 ст. 802 ГК КР).

В определении договора поручения речь идет о совершении поверенным юридических действий. Из этого следует, что **предметом договора** поручения являются именно **юридические действия**.

Нормы ГК КР предусматривают две разновидности обязательств, которые могут возникать из договора поручения: применяемые в общегражданских отношениях и в предпринимательской деятельности. Различие между этими обязательствами основано на специфике коммерческого представительства, в силу которого, во-первых, коммерческое представительство всегда возмездно, и, во-вторых, коммерческий представитель вправе одновременно представлять обе стороны в совершаемой им сделке (ст. 202 ГК КР).

**Элементы договора поручения.** Стороны в договоре поручения именуются **доверитель** и **поверенный.** Особенностью договора поручения является то, что в качестве и доверителя, и поверенного могут выступать только дееспособные лица.

Если договор поручения оформляет отношения коммерческого представительства, то в качестве поверенного может выступать только гражданин, являющийся предпринимателем, либо коммерческая организация. Некоммерческие организации в качестве коммерческого представителя, как правило, выступать не вправе.

**Предметом договора поручения** является оказание нематериальных посреднических услуг. Посреднические услуги могут выражаться как в совершении сделок, так и в иных действиях, в том числе и не влекущих приобретение каких-либо прав и обязанностей. Предмет договора поручения конкретизируется в указаниях доверителя, которые имеют своеобразную форму **заказа** на **оказание посреднических услуг**.

Доверитель может давать поверенному любые указания, однако закон требует, чтобы эти указания были **«правомерными, осуществимыми и конкретными» (п. 1 ст. 805 ГК КР).**

Указания доверителя должны быть **правомерными, осуществимыми и конкретными,** что означает**:**

**Правомерность** означает, что поверенный при исполнении данного ему поручения должен действовать строго в рамках закона, любое же указание доверителя, предписывающее поверенному действовать вопреки закону, не только не является для поверенного обязательным, но и может повлечь для поверенного неблагоприятные правовые последствия, вплоть до привлечения к ответственности. Например, если доверитель поручит поверенному приобрести для него квартиру и выдаст ему для этого необходимую сумму в иностранной валюте, то поверенный обязан соблюдать требования валютного законодательства, хотя бы доверитель, и дал ему иные указания о порядке расчетов.

**Осуществимость** понимается как возможность исполнения поручения известными и доступными поверенному средствами. При этом сам доверитель может и не знать, как следует исполнять данное им поручение.

**Конкретность**, т.е. максимально полное выражение доверителем своих требований к содержанию, способам, условиям и характеру действий, совершаемых поверенным. Поверенному при получении указаний должно быть абсолютно ясно, что именно поручает ему исполнить доверитель. Если такая ясность отсутствует, то поверенный вправе утверждать, что ему были даны неконкретные указания.

Юридическое значениетребований к указаниям доверителя заключается в том, что если указания не соответствуют требованиям закона, т.е. не являются правомерными, осуществимыми и конкретными, то поверенный вправе, а иногда и обязан считать себя не связанным данными ему указаниями.

**Форма договора поручения**. Законом не предусмотрены специальные требования к форме договора поручения и должны применяться общие правила, предусмотренные ст. 174-180 ГК КР.

Однако необходимо учитывать, что в соответствии с п. 1 ст. 807 ГК КР доверитель обязан выдать поверенному **доверенность** на совершение действий, предусмотренных договором поручения. Доверенность необходима для урегулирования взаимоотношений поверенного с третьими лицами. Договор поручения заключается для урегулирования отношений между доверителем и поверенным.

Таким образом, **договор поручения и доверенность** не являются взаимоисключающими документами и для надлежащего соблюдения формы отношений необходимы и договор поручения, и доверенность.

Доверенность должна отвечать требованиям, закрепленным в ст. 203—206 ГК КР. Между требованиями к форме доверенности и форме договора поручения не существует прямой зависимости. **Например**, если законом предусмотрена нотариальная форма доверенности, то это нe означает, что именно в нотариальную форму должен быть облечен и договор поручения.

Как правило, договор поручения требует простой письменной формы, специальных последствий ее несоблюдения в виде недействительности договора поручения законом не предусмотрено.

**Срок действия договора** зависит от характера данного доверителем поручения. Срок может выражаться в каком-либо периоде времени, в течение которого поверенный должен исполнить данное ему поручение, либо определяться конкретной датой.

Срок действия договора поручения взаимосвязан со сроком действия доверенности, выдаваемый поверенному. Срок действия договора не может быть менее срока действия доверенности. Срок договора должен либо совпадать со сроком действия доверенности, либо превышать его.

В последнем случае, если срок действия договора более трех лет, доверитель должен будет после истечения срока действия первой доверенности выдать новую доверенность.

Заключение бессрочного договора означает, что стороны не определили в договоре срок его действия, однако выдаваемая доверенность, во всяком случае, должна содержать указание о сроке ее выдачи.

Таким образом, бессрочный договор будет сохранять свое действие только при условии подтверждения полномочий поверенного доверенностью. При истечении срока доверенности договор прекращается, если новая доверенность не выдана.

В отдельных случаях законом допускается выдача доверенности без указания срока, например, нотариальной доверенности для совершения действий за границей. При наличии такой доверенности договор поручения будет действовать бессрочно, если сами стороны не прекратят его.

**Цена** в возмездном договоре поручения определяется по соглашению сторон. Закон не содержит указаний на применение каких-либо тарифов, прейскурантов в договоре поручения.

В вопросе о размере вознаграждения законодатель, как и в ряде других случаев, не придает ему существенного значения. При отсутствии в договоре указаний о размере вознаграждения, оно в соответствии с правилом п. 3 ст. 390 ГК КР должно выплачиваться в сумме, которая при сравнимых обстоятельствах обычно взимается за аналогичные услуги (п. 2 ст. 804 ГК КР).

Договор **поручения** является особым видом услуг, который вызывает правовые последствия для доверителя.

 Понятие, занимающее второе по счету место в выделенной триаде – **поручение**, является особым видом услуг, которые выражаются в совершении юридических действий от имени и по поручению доверителя и за его счет. И эти действия создают правовые последствия для доверителя во многих правоотношениях, где присутствуют элементы поручения.

В качестве примера можно назвать, прежде всего, легальные определения договоров, содержащиеся в главах 41 - «Комиссия» и 42 - «Агентирование», а также в главе 40 - «Действия в чужом интересе без поручения» (в последнем случае для обозначения регулируемых ею не договорных отношений). Другой пример – легальные определения отдельных способов расчетов, где также присутствуют элементы поручения.

При этом речь идет не только о платежном поручении (ст.778 ГК КР), но и о расчетах по аккредитиву (ст.782 ГК КР) и по инкассо (ст.789 ГК КР). К этому можно добавить, что хотя содержащееся в ст.694 ГК КР общее определение договора возмездного оказания услуг включает в свой предмет предоставление услуг «по заданию» заказчика, а ст.760 ГК КР называет в качестве предмета договора банковского счета – «выполнение распоряжений клиента», оба термина – «задание» и «распоряжение» - являются по сути дела, лишь синонимами поручения.

Все это вызывает необходимость при индивидуализации соответствующих договорных типов учитывать, какие именно услуги должны выполняться «по поручению» и каким образом. Применительно к обозначенной триаде речь идет об особом виде поручения: его предмет составляет совершение определенных юридических действий, единственных, которые могут быть совершены «от имени и по поручению другого». А сами эти действия выражаются в том, что их совершение предполагает выступление одной из сторон договора от имени своего контрагента. Именно этот вид поручения, по поводу которого заключается одноименный договор, предназначен служить правовым основанием для представительства.

**Виды договора поручения**

В качестве самостоятельной разновидности договора поручения выступает договор, порождающий **отношения коммерческого представительства** (п. 1 ст. 202 ГК КР). Полномочия коммерческого представителя определяются в договоре, заключенном в письменной форме, а если договор не содержит указания на полномочия представителя, то его полномочия должны быть определены в доверенности.

Нормы о коммерческом представительстве предусматривают в подобных случаях определенную гарантию сторонами, которые доверились одному и тому же лицу – коммерческому представителю. Для выступления от имени обеих сторон коммерческий представитель должен при отсутствии на этот счет иного указания в законе получить их специальное на то согласие.

Поскольку коммерческий представитель может выступать при заключении сделки от имени обеих сторон, то он вправе требовать уплаты вознаграждения и возмещения, понесенных им расходов от сторон договора в равных долях, если иное не предусмотрено соглашением между ними. Отношения коммерческого представителя и представляемого является возмездными.

К коммерческому представительству, в частности, не применяются традиционные правила о последствиях отмены поручения доверителем и отказе поверенного от исполнения поручения. Если по общему правилу такая отмена или отказ не является основанием для возмещения убытков, причиненных прекращением договора, то при коммерческом представительстве односторонний разрыв договора дает право потерпевшей от этого стороне требовать такого возмещения.

Закон обязывает коммерческого представителя исполнять данные ему поручения с заботливостью обычного предпринимателя и сохранять в тайне ставшие ему известными сведения о торговых сделках даже после исполнения данного ему поручения.

Как правило, **коммерческое представительство** осуществляется профессиональным участником регулируемых гражданским законодательством отношений в сфере предпринимательской деятельности – **предпринимателем**. Условие это, крайне желательно для доверителя, но с точки зрения права не обязательно. Поверенный в договоре поручения действует в качестве коммерческого представителя, осуществляет свои полномочия от имени, в интересах и за счет доверителя.

Права и обязанности и ответственность по сделке заключаемой поверенным, действующим в качестве коммерческого представителя в пределах предоставленных ему полномочий с третьим лицом, возникают непосредственно у доверителя и 3-го лица. Следовательно, речь может идти об отношениях в сфере предпринимательской деятельности между доверителем и 3-м лицом. Поверенный в данном случае может рассматриваться как гражданин постоянно и самостоятельно оказывающий юридическую услугу за вознаграждение или без такового.

Исходя из понятия предпринимательской деятельности, как деятельности осуществляемой на свой страх и риск и с целью получения прибыли необходимо сделать вывод о том, что деятельность коммерческого представителя действующего за счет доверителя не всегда рассматривается как предпринимательская.

Так, договор коммерческого представительства предполагается возмездным, если иное не установлено договором, т.е. в отличие от преимущественно безвозмездного договора поручения договор коммерческого представительства преимущественно **возмездный** (п. 1 ст. 804 ГК КР). Односторонний отказ от договора коммерческого представительства может иметь место только при условии предварительного уведомления другой стороны не позднее, чем за тридцать дней (п. 3 ст. 809 ГК КР), если более длительный срок уведомления не предусмотрен договором.

Коммерческому представителю может быть предоставлено право отступать от указаний доверителя с соблюдением его интересов, не испрашивая на то предварительного согласия доверителя (п. 3. ст. 805 ГК КР). В таком случае коммерческий представитель обязан лишь в разумный срок информировать доверителя о допущенных отступлениях. Но и это правило является диспозитивным, так как доверитель может наделить поверенного свободой действий без обязанности подобных уведомлений в кратчайший срок.

Право требовать возмещения убытков, вызванных односторонним отказом от договора, при коммерческом представительстве имеют и доверитель, и поверенный (п.п. 2, 3 ст. 810 ГК КР). Таким образом, основные права и обязанности сторон в договоре, порождающем отношения коммерческого представительства, имеют существенную **специфику** по сравнению с обычным договором поручения.

**Юридическая природа правоотношений**

Договор поручения является классической **формой представительства**, поскольку действия поверенного приводят к возникновению прав и обязанностей не у него, а непосредственно у доверителя. Объясняется это тем, что представитель (поверенный) совершает действия не от своего имени, а от имени представляемого (доверителя).

**Функция** договора поручения заключается в том, что он призван урегулировать отношения между представителем и представляемым, то есть, как бы внутреннюю сторону отношений представительства. Внешняя сторона отношений представительства отражается в полномочиях представителя, зафиксированных в доверенности.

Особенность договора поручения заключается также в том, что наряду с отношениями представительства он может порождать обязательственные отношения – обязательство по оказанию посреднических услуг. В связи с этим следует отличать:

**Возмездный договор поручения** – порождает отношения представительства и обязательство по оказанию посреднических услуг.

В отличие от этого, к**омиссионер** в принципе вообще распоряжается не своими, а **чужими правами**.

**Смешение этих двух разных ситуаций юридически совершенно неправомерно**.

Особое внимание следует уделить правам, приобретенным по сделке, заключенной на комиссионной основе **комиссионером.**

При заключении такой сделки от имени комиссионера права приобретает только он, но эти права, приобретенные в интересах комитента, должны передаваться последнему.

Необходимо отметить, что передачи прав может требовать каждая из сторон договора. Комиссионер вправе требовать от комитента освободить его от прав и обязанностей, приобретенных им для последнего, а комитент вправе потребовать от комиссионера передачи приобретенных им прав.

П.1 cт.825 ГК прямо предусматривает: ”По сделке, совершенной комиссионером с третьим лицом, приобретает права и становится обязанным комиссионер, хотя бы комитент и был назван в сделке или вступил с третьим лицом в непосредственные отношения по исполнению сделки“.

Поэтому никак нельзя путать собственно **договор комиссии** и заключаемую на его основе **последующую сделку** (договор купли-продажи, договор об отчуждении права, лицензионный договор и т.п.).

Комиссия-это, по сути дела, **полномочие** распоряжаться чужими **правами.**

Следовательно, сказанное о переходе **прав**, появившихся на основании заключения комиссионного договора, никак не относится к **правам**, уже существовавшим до его заключения, у них разная юридическая природа

Для передачи относительных **прав** требуется оформление специальной документации (составление отчета комитента, составление акта о передаче документов, фиксирующих права и обязанности, равно как и акта о принятии таких документов), тогда как для принятия вещных **прав** достаточно вручения вещи и ее принятия комитентом. (Дозорцев В. В трех соснах…О возможности распоряжаться чужими правами / Хозяйство и право. N1. 2003).

Сказанное о **материальных правах** полностью распространяется и на **интеллектуальные права**.

Чужим авторским правом можно распоряжаться так же, как и любым другим имущественным правом. При этом надо исходить из того, что речь идет о праве не только автора, а любого **правообладателя.**

Все рассмотренные правила полностью распространяются и на **комиссионный вариант агентского договора**.

Фактически агентский договор распадается на два варианта-по конструкции договора комиссии и по конструкции договора поручения. Единственное, что их отличает от этих **базовых** договоров,-это возможность совершения не только **юридических, но и фактических** **действий.**

Но сочетание **юридических с фактическими** **действиями** (в комиссионном и порученческом варианте) в ГК никак не выражено, оно выглядит не как юридически органичное единство, а лишь как искусственный словесный оборот, призванный заслонить механическое заимствование из английского права, в котором агентский договор представляет собой разновидность фидуциарной сделки.

Как фактические действия сочетаются с этими вариантами остается неясным (Дозорцев В. Хозяйство и право. N 1. 2003).

По его мнению, примером сочетания фактических и юридических действий является в ГК транспортная экспедиция, которая почему-то сконструирована не как разновидность агентского договора, а как самостоятельный транспортный договор.

Следовательно, механическое заимствование института из другой правовой система (например, из английского права), как правило, невозможно, и данный случай - один из примеров такого положения.

ГК прямо предусматривает, что в случае неисполнения обязательства передать индивидуально-определенную вещь в собственность, в хозяйственное ведение, в оперативное управление или в возмездное пользование кредитору последний вправе требовать отобрания этой вещи у должника и передачи ее кредитору на предусмотренных обязательством условиях.

Важным, представляется, прежде всего, выделение **признаков**, содержащихся в определении договора комиссии, и **характеристика** каждого из них.

Понятие представительства чужих интересов.

Исследование правовой природы юридических и фактических услуг и отграничение от смежных договоров является актуальной и достаточно проблемной задачей в гражданском праве. Поэтому важно четко определить классификацию и квалификацию услуг, какие услуги законодатель рассматривает в качестве юридических и фактических, требующих особой правовой регламентации.

Именно направленность на совершение юридических действий, имеющих значение **юридического факта**, является квалифицирующим признаком рассматриваемых обязательств.

 Однако, необходимо учитывать, что в рамках данных договоров могут оказываться не только **юридические**, но и **фактические услуги.** Поэтому необходимо четко квалифицировать **родовую принадлежность** в зависимости от того, какие конкретно работы (услуги) оказываются.

В указанных обязательствах необходимо четко очерчивать предмет договора и предмет обязательства, субъектный состав, содержание обязательств, существенные условия договоров.

Смысл представительства чужих интересов можно свести к тому, что одно лицо **«замещает»** другое с тем, что действия первого лица влекут юридически значимые последствия именно для второго лица – того, от чьего имени первое лицо действовало.

В связи с возрастанием роли гражданского права в регулировании соответствующих правоотношений растет роль и института представительства чужих интересов, призванного облегчать и расширять возможности приобретения и осуществления гражданских прав и обязанностей.

Этим обуславливается и необходимость определения понятия и юридической природы представительства и полномочия (глосс) в гражданском праве.

**Под представительством** понимается правоотношение, в силу которого правомерные юридические действия, совершенные одним лицом (представителем) от имени другого лица (представляемого**)**, непосредственно создают, изменяют или прекращают для последнего права и обязанности (Брагинский М.И., Витрянский В.В.Договорное право. Общие положения. – М. СТАТУТ.1997.C.138).

Между ними возникают **внутренние правоотношения** представительства. Представляемый находится с представителем в правоотношении, вытекающем из договора поручения, комиссии, агентирования, доверительного управления и т.д.

В состав правоотношения как “структурно-сложного“ правоотношения включается также **внешнее правоотношение**, между представителем и третьим лицом в процессе заключения сделки или совершения иного юридического действия.

Следовательно, юридические действия, совершаемые представителем, являются одним из элементов юридического состава (одним из юридических фактов, входящих в совокупность юридических фактов, образующих юридический состав), который вместе с другими элементами юридического состава является основанием возникновения, изменения или прекращения гражданских правоотношений между представляемым и третьим лицом (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве /ЮРИСТ. N 12.1999).

В соответствии с теорией права под **полномочием** понимается право представителя совершать сделки и другие юридические действия от имени представляемого и тем самым создавать для него правовые последствия (Гражданское право: Учебник /Под ред. С.П.Гришаева.- М.: Юристъ, 1999.C.92)

Необходимо иметь в виду, что в содержание правоотношения представительства между представляемым и представителем помимо **полномочия** и соответствующей ему обязанности представляемого входит также **обязанность представителя** не совершать от имени представляемого сделки в отношении себя лично, а также в отношении другого лица, представителем которого он является.

Следовательно, правоотношение представительства является **сложно-структурным правоотношением.**

Таким образом, **правоотношение представительства** - это правоотношение между представителем и представляемым, содержащее право представителя совершить определенные юридические действия от имени и в интересах представляемого (**полномочие**) и соответствующую ему обязанность представляемого признать **правовые последствия** таких действий представителя (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве. ЮРИСТЪ. N12. 1999).

**Поручение**, выражает возложение одним лицом на другое лицо совершения различных по характеру **действий (юридических или фактических).**

Предмет поручения составляет совершение **определенных юридических или фактических действий**, которые могут быть совершены **«от имени и по поручению другого или от имени самого поверенного», как например в договоре комиссии**.

А сами эти действия выражаются в том, что их совершение предполагает выступление одной из сторон договора от имени своего контрагента. Именно этот вид поручения, по поводу которого заключается одноименный договор, предназначен служить **правовым основанием** для **представительства чужих интересов**.

Формирование рынка услуг привело к возникновению новых видов отношений, связанных с оказанием **посреднических услуг**. Теперь можно выбрать тот тип договоров, который наиболее соответствует отношениям партнеров.

Смысл всех договоров оформляющих посредническую деятельность заключается в обеспечении **интересов** какого-либо одного лица действиями другого лица (Кузьмишин А.А. К вопросу о понятии и юридической природе представительства и полномочия в гражданском праве / Юрист . N12. 1999).

**Представительство** - это отношение, в силу которого одно лицо (представитель) совершает **юридические (фактические) действия** от имени другого лица (представляемого), и правовые последствия этих действий, если они совершены в пределах предоставленных представителю полномочий, возникают непосредственно для представляемого.

**II.Содержание агентского договора**

Сторонами в агентском договоре являются **принципал** и **агент**. Ими могут быть как граждане, так и юридические лица. Наиболее часто агентские договоры применяются в предпринимательской деятельности.

Агент не вправе выходить за пределы правоспособности принципала, иначе сделка будет признана недействительной.

В отношении **формы договора** следует руководствоваться общими правилами о форме сделок и признании их недействительными или незаключенными (ст. 175,177,178 ГК).

**Предмет договора агентирования:**

-посреднические услуги;

-юридические и фактические действия.

Перечень посреднических, юридических и фактических действий, которые обязуется выполнить агент, является **существенным условием** договора агентирования.

**Предмет агентского договора** шире, чем предмет договора комиссии (сделок) и договора поручения (юридические действия), поскольку агенту поручается совершение не только юридических, но и фактических действий.

**Например,** страховой посредник-брокер, действующий на основании агентского договора, оказывает следующие услуги: привлечение клиентуры к страхованию, ее поиск, подготовка или оформление необходимых для заключения договора страхования документов, сбор информации, подготовка или оформление документов для получения страховой выплаты, организация услуг аварийных комиссаров, экспертов по оценке страховых рисков и т.д.

Согласно п.3 ст.843 ГК агентский договор может быть заключен на определенный **срок** или без указания срока его действия. Следовательно, может действовать как постоянный или длительный договор.

 Ст.844 ГК прямо говорит о том, что договор агентирования носит возмездный характер.

**Права и обязанности сторон по агентскому договору**

**Агент обязан:**

-исполнить порученные ему юридические и иные действия в соответствии с условиями договора;

-представить принципалу отчет о своих действиях (ст.846 ГК);

-не заключать аналогичных договоров с другими принципалами, если такое условие предусмотрено в договоре (ст.845 ГК);

**Агент вправе:**

-исполнять договор как лично, так и путем переложения исполнения на третье лицо, если договором не предусмотрено личное исполнение взятого на себя поручения. Переложение исполнения производится путем заключения субагентского договора (ст.847 ГК). При этом агент остается ответственным за действия субагента перед принципалом. Агент не отвечает перед принципалом за действия субагента, действующего от имени принципала, лишь в случаях, когда субагент был выбран самим принципалом;

-требовать уплаты предусмотренного договором вознаграждения и возмещения понесенных в ходе его исполнения расходов;

-отказаться от договора, заключенного без указания срока его действия.

**Принципал обязан:**

-принять исполненное агентом по договору;

-уплатить агенту установленное договором вознаграждение и возместить все понесенные им во исполнение договора расходы. При отсутствии в договоре положений относительно порядка выплаты вознаграждения он определяется по правилам ст.844 ГК. Данная норма предусматривает обязанность выплаты вознаграждения в течение недели с момента представления агентом отчета за прошедший период, если из существа договора или обычаев делового оборота не вытекает иное;

-не заключать аналогичных агентских договоров с другими агентами, если такое условие содержится в договоре.

**Принципал вправе:**

-требовать от агента представления отчета о его действиях по исполнению договора;

-представлять возражения по отчету агента;

-отказаться от договора, который заключен без указания срока его действия

 Ответственность за нарушение агентского договора наступает по общим правилам о договорах поручения или комиссии (гл.39 или гл.41 ГК КР), если эти правила не противоречат положениям главы 42 или существу агентского договора (ст.849 ГК).

**Отличие агентского договора от договоров поручения и комиссии.**

1.Агентирование охватывает совершение не только юридически значимых действий, но и действий фактического характера.

2.Агентирование позволяет привлекать третьих лиц для исполнения порученных действий (как и в договоре комиссии).

3.При агентировании имеется возможность ограничения прав принципала и агента на заключение аналогичных агентских договоров.

4.Агентский договор рассчитан на более длительный срок действия.

5.Агентский договор предоставляет право отказаться от договора обеим сторонам лишь при условии, что в договоре не был установлен определенный срок его окончания.

6.В одностороннем порядке агентский договор прекращается также только в случае смерти агента, признания его безвестно отсутствующим, недееспособным или ограниченно дееспособным, при его банкротстве.

**III. Договор агентирования в зарубежной практике**

Право развитых государств специально регламентирует торговое представительство, используемое коммерсантами. Нормы гражданского законодательства применяются здесь постольку, поскольку отсутствует регулирование соответствующих правоотношений в специальном торговом законодательстве.

Основные виды торгового представительства, существующие в современном торговом обороте, -это, во-первых, представительство, осуществляемое служащими торгового предприятия, и, во-вторых, представительство через различного рода агентов, которые посредничают при заключении сделок или заключают сделки от имени предоставляемого и находятся с представляемым в постоянных отношениях.

К указанным основным юридическим формам представительства следует добавить имеющие существенное значение в экспортной торговле экономические формы посредничества, не облекаемые в правовую форму представительства. Сюда относится, в частности, представительство, осуществляемое на основании **договора комиссии**.

Комиссионер, в отличие от представителя, действует от своего имени, и поэтому права и обязанности из заключенной им сделки возникают для него, комиссионера, и должны быть перенесены им на комитента. В литературе отношения, складывающиеся на основе договора комиссии, называются косвенным представительством.

От торгового представительства следует отличать посредничество, которое, как правило, регулируется особо.

**Цель посредничества** состоит в том, чтобы добиться заключения договора между заинтересованными лицами. Посредниками являются, например, **маклеры.**

**Маклер**-это лицо, профессионально занимающееся посредничеством. Он посредничает при заключении различного рода сделок, купле и продаже товаров, ценных бумаг, страховании и т.д.

Маклер, как правило, по отношению к обеим сторонам договора выступает в качестве **независимого посредника**, в то время как представитель совершает юридические действия только для одной из сторон.

Посредники сами не заключают сделок. Если маклер, вопреки данному ему полномочию, заключает сделку, то тем самым он нарушает взятое на себя обязательство.

В этом случае он выступает как представитель без полномочий. Однако сделка, заключенная маклером, считается одобренной, если она не будет немедленно отклонена лицом, давшим полномочие маклеру, как только этому лицу станет известно о заключении сделки.

Следует, однако, иметь в виду, что посреднические операции по заключению отдельных видов сделок могут осуществляться лишь лицами, особым порядком уполномоченными на это государством.

К таким сделкам, в частности, относятся сделки с ценными бумагами, совершаемые на фондовых биржах. Действия лиц, участвующих в процессе заключения подобных сделок, обычно выходят за рамки чисто посреднических операций.

Посредник представляет интересы обеих сторон. Перед каждой из сторон он несет ответственность за виновно причиненные убытки.

Право на вознаграждение возникает в момент заключения сделки. Размер вознаграждения посредника определяется по соглашению сторон. При отсутствии такого соглашения принимаются во внимание деловые обыкновения той или иной отрасли торгового оборота.

В соответствии с ГК КР при отсутствии соглашения или торгового обыкновения посредник вправе требовать от каждой из сторон уплаты половины причитающегося ему вознаграждения.

Торговые предприятия ведут оперативную работу через своих **служащих,** которые, как правило, являются **представителями предприятия** при заключении торговых сделок и совершении других действий. В качестве служащих предприятия могут выступать лишь физические лица, действующие на основании трудового договора.

При этом представителями торгового предприятия являются не все его **служащие**, а только те, в служебную функцию которых входит осуществление представительства предприятия. Через служащих осуществляют свою торговую деятельность заграничные отделения (филиалы) и дочерние предприятия, образованные материнской торговой организацией-экспортером.

Отношения по личному найму и полномочия по представительству между отделениями, дочерними компаниями и их служащими определяются по законам той страны, где открыто отделение или образована дочерняя компания.

В случае, когда в качестве служащего выступает лицо, уполномоченное материнской компанией, договор должен удовлетворять требованиям законодательства, как страны нахождения дочерней компании, так и страны нахождения материнской компании.

С предпринимателем служащий находится в отношениях подчинения:

-он должен руководствоваться его указаниями в отношении распорядка рабочего дня и обязан регулярно отчитываться перед ним, ибо состоит в постоянных отношениях с предпринимателем по договору личного найма, получая за выполнение своих служебных обязанностей заработную плату. Формы выплаты заработной платы могут быть разными.

-объем предоставленных служащему полномочий может быть различным. Характерно предоставление служащим широкого объема полномочий при сохранении за собственником предприятия права на контроль за их деятельностью.

Например, Торговое уложение ФРГ, ШОЗ Швейцарии специально регулируют положение прокуриста. Прокурист обладает широким кругом полномочий, объем которых установлен законом.

Ограничения полномочий **прокуриста,** не предусмотренные законом, считаются недействительными по отношению к третьим лицам.

**Прокурист** вправе совершать не только сделки, обычные для предприятия его предпринимателя, но также и сделки, свойственные вообще торговым предприятиям, хотя бы эти сделки и выходили за рамки обычной деятельности его предпринимателя.

Прокура (особый правовой статус служащего предприятия) может быть предоставлена либо собственником предприятия, либо его законным представителем, причем законный представитель должен иметь согласие опекунского суда.

Предоставление прокуры, а равно ее отзыв подлежат занесению в торговый реестр. Смерть собственника предприятия не прекращает отношений по прокуре.

Прокура прекращается:

1) смертью прокуриста;

2) прекращением правоотношений, на которых она была основана;

3) отзывом собственника предприятия, причем отзыв может иметь место в любое время без изложения его оснований;

4) открытием конкурса над имуществом собственника;

5) отчуждением предприятия.

Служащий, которому предоставлена прокура, при подписании сделок должен к наименованию предприятия, которое он представляет, добавить указание на существование прокуры (per procura, ppa). Прокура не передаваема.

По закону прокурист без особых на то полномочий не может отчуждать, обременять предприятие залогом, вообще совершать действия, доступные лишь собственнику предприятия.

Для ограничения предусмотренных законодательством полномочий на практике нередко используются два способа: а) ограничение полномочий деятельностью конкретного филиала предприятия; б) предоставление прокуры двум или более лицам, подписи которых необходимы для действительности подписанных ими сделок.

Никакие другие ограничения полномочий прокуриста в торговый реестр занесены быть не могут.

Особым видом торгового представительства в праве ФРГ, Швейцарии является торговое полномочие. Торговое полномочие простирается на те юридические действия, которые являются обычными не для предприятия вообще, а для предприятия конкретного рода (ст.54 ГТУ, ст.462 ШОЗ).

Следовательно, полномочия такого представителя уже, чем полномочия прокуриста. Торговый уполномоченный вправе совершать займы, вести, при наличии особых полномочий, судебные дела.

Особую группу служащих, участвующих в оперативной работе торговых предприятий, составляют **коммивояжеры** - лица, разъезжающие по указанным предпринимателем регионам и принимающие заказы на его товары.

**Коммивояжер** кроме получаемой им заработной платы имеет право на возмещение расходов, вызванных разъездами. Коммивояжеры вправе получать деньги за товары и устанавливать сроки платежей.

В некоторых странах для осуществления своей деятельности коммивояжер должен получить специальное разрешение. Образцы товаров, которые имеет при себе комммивояжер, как правило, подлежат таможенному обложению при ввозе в данную страну.

В некоторых случаях при обратном вывозе образцов из этой страны таможенные пошлины возвращаются.

К представительству через коммивояжера применяются общие правила о представительстве торговых предприятий его служащими.

Все большее распространение получает представительство, осуществляемое лицами, не находящимися в служебных отношениях с предпринимателем, а являющимися самостоятельными торговыми представителями, или **торговые агенты.**

Во Франции в соответствии с декретом 1958 года **торговым агентом** признается лицо, которое, не являясь служащим, самостоятельно и в виде промысла занимается заключением сделок по купле-продаже, найму или предоставлению услуг от имени и за счет промышленных предпринимателей или купцов.

В ФРГ по закону о торговых представителях 1953 года, изменившему соответствующие постановления ГТУ об агентах, торговым представителем является тот, кто в качестве самостоятельного предпринимателя наделен постоянными полномочиями оказывать посредничество по заключению сделок для другого предпринимателя или заключать сделки от его имени. Самостоятельным предпринимателем по закону считается тот, кто может свободно осуществлять свою деятельность.

В Швейцарии ст.418 ШОЗ в редакции 1971 года определяет агента как лицо, принимающее на себя обязательство постоянно оказывать в заключении сделок для одного или более доверителей или заключать от их имени и за их счет сделки, не состоя с ними в отношениях по трудовому найму.

О самостоятельности торгового представителя свидетельствует то, что за услуги он получает вознаграждение в форме обусловленного процента от цены заключенной сделки или в форме тантьемы, то есть выплаты из чистой прибыли, а также регистрация его в качестве лица, осуществляющего самостоятельный промысел, и ведение им торговых книг.

Для постоянного представительства торговый представитель должен иметь поручение, даваемое на определенный или неопределенный срок.

В качестве торговых представителей в ФРГ, агентов в Швейцарии и торговых агентов во Франции могут действовать как физические, так и юридические лица.

Торговый представитель, которому поручено заключать сделки, является представителем предпринимателя. В ряде случаев на торгового представителя возлагается и посредничество. Представитель - посредник подготавливает заключение договора, а само заключение договора осуществляется предпринимателем.

Действительность и объем полномочий, данных торговому представителю для заключения сделок, определяются по законам страны, в которой он имеет местожительство или ведет свои дела. Ограничения полномочий представителя в отношении третьих лиц действуют лишь в случае, когда третьи лица знали или должны были знать об истинном объеме полномочий.

Будучи самостоятельными торговыми деятелями, торговые представители в ФРГ и торговые агенты во Франции вправе осуществлять представительство нескольких предпринимателей, причем если во Франции по закону они не вправе представлять предпринимателей-конкурентов, то по законодательству ФРГ такая возможность для них не исключена. Естественно, что в договоре между торговым представителем и предпринимателем может быть сделана оговорка, воспрещающая представительство конкурирующих предприятий.

По договору торговому агенту может быть предоставлено исключительное право на заключение сделок от имени предпринимателя на определенной территории. Предприниматель в этом случае не вправе назначать на этой территории других торговых агентов или пользоваться услугами маклеров, комиссионеров.

Сам предприниматель вправе вступать в договоры без посредничества представителя, однако представитель имеет право на получение вознаграждения за все сделки, заключенные на отведенной ему территории.

Если торговый агент, уполномоченный предпринимателем только на посредничество, заключит сделку от имени принципала, а последний, узнав об этом, не сообщит немедленно об отклонении сделки, то считается, что он одобрил сделку.

На принятие платежей агент должен быть особо уполномочен, за исключением разъездных агентов, которые и без особого уполномочия имеют право получать платежи для предпринимателя.

Действующее в настоящее время законодательство о торговых представителях формально направлено на защиту интересов лиц, осуществляющих представительство в виде промысла.

Так, в Италии, Франции, ФРГ, Швейцарии торговый представитель вправе требовать вознаграждения за сделки, которые, будучи заключенными непосредственно принципалами уже после прекращения действия договора о представительстве, явились результатом деятельности представителя.

Следует иметь в виду императивный характер соответствующих нормативных актов в ряде стран. При определении надлежащего права договора о представительстве, в отсутствие соглашения сторон, судебная практика Бельгии, Голландии, Франции, ФРГ и других стран исходит из места сосредоточения предпринимательской деятельности торгового представителя.

В целях унификации норм, регулирующих отношения по представительству, осуществляемому самостоятельными торговыми деятелями, Советом министров ЕЭС в декабре 1986 года была принята директива о торговых агентах. В настоящее время принимаются меры для организации директивы в законодательстве стран Сообщества. Достижению аналогичной цели призвана также служить конвенция, подготовленная Римским Международным институтом по унификации частного права и принятая в 1983 году на Женевской конференции. Конвенция пока не вступила в силу из-за отсутствия необходимого количества ратификаций (Гражданское и торговое право капиталистических государств. М.1993. с.234).

**Представительство в праве Англии и США**

Представительство в Англии и США регулируется нормами, выработанными судебной практикой. Здесь не проводится деление на законное и договорное представительства; неизвестно также деление представительства на прямое и косвенное.

В Англии **термин "агент" ("представитель")** употребляется как в широком смысле, охватывающем все виды представительства и посредничества, в том числе и косвенное представительство, так и в более узком смысле, в соответствии с которым агентом является лицо, уполномоченное на заключение сделок и на совершение других действий от имени представляемого и за его счет или на посредничество между сторонами при заключении сделок ими самими. Фактически такое же положение имеет место в США.

Термин "представительство" в широком смысле включает все отношения, существующие между двумя лицами, когда одно из этих лиц (агент) действует за другое лицо (принципала) и под его контролем.

Поэтому под понятие представителя подпадают и комиссионеры, и торговые представители, и коммивояжеры, и брокеры, и капитаны судов, и адвокаты.

Полномочия агента могут быть прямо выраженными или подразумеваемыми. Предполагается, что лицо, дающее другому лицу - агенту - определенные полномочия, одновременно дает согласие на совершение его агентом всех юридических сделок, которые считаются допустимыми при использовании данного полномочия.

Однако полномочие агента на получение платежей должно быть прямо предусмотрено в договоре. При наличии соответствующей оговорки он имеет право принимать платеж наличными.

Если же агент принимает вексель, то он должен доказать, что такой способ платежа является обычным в соответствующей отрасли торговли. Допускается превышение агентом предоставленных ему полномочий, когда чрезвычайные обстоятельства требуют принятия исключительных мер для защиты интересов принципала (представительство по необходимости).

Агент может выступать и от имени принципала, и от своего собственного имени. В отношении третьей стороны агент может выступать:

1) раскрывая существование принципала и указывая его имя;

2) раскрывая существование принципала, но не указывая его имени;

3) не раскрывая существования принципала и заключая договор от своего имени.

В первом и во втором случаях сторона по заключенному агентом договору вправе обратиться с требованиями только к принципалу. В третьем случае она вправе предъявить требования по - своему усмотрению либо к принципалу, либо к агенту.

Принципал же во всех перечисленных случаях имеет право обращаться непосредственно к третьей стороне независимо от того, действовал агент от его или от своего собственного имени. Судебная практика США и Англии урегулировала правовое положение некоторых видов агентов, услуги которых широко используются в торговле вообще и во внешней торговле особенно.

**К таким агентам следует отнести**:

1) консигнационного агента, или фактора;

2) агента-делькредере;

3) брокера;

4) агента с исключительными правами;

5) комиссионный экспортный дом;

6) аукциониста.

Правовое положение **консигнационного агента**, или **фактора**, в Англии определено законом о факторах 1889 года. Закон характеризует фактора как агента, обладающего при обычном течении дел полномочием продавать товары или отправлять их для продажи, или покупать товары, или занимать деньги под обеспечение товарами.

Характерным для фактора является то, что он владеет товарами принципала. С владением товарами закон связывает важные последствия, устанавливая, в частности, что если фактор с согласия принципала владеет товарами или товарораспорядительными документами, то любая произведенная им продажа или любое иное его действие по распоряжению товаром при обычном ходе торговли являются действительными по отношению к лицам, с которыми фактор имеет дело.

Такие действия по распоряжению считаются действительными даже при отсутствии у фактора соответствующих полномочий. Иное положение создается в случае, когда третье лицо было осведомлено об отсутствии у фактора полномочий на распоряжение товарами или товарораспорядительными документами.

**Агент-делькредере** за дополнительное вознаграждение гарантирует принципалу поступление покупной цены от покупателя. Он обязуется возместить принципалу убытки, если тот из-за неплатежеспособности покупателя будет лишен возможности получить покупную цену.

Однако такой агент не несет ответственности, если покупатель отказывается уплатить цену на том основании, что сам принципал не выполняет должным образом обязательств из договора. Не несет ответственности перед принципалом агент и в том случае, когда спорным является размер подлежащей уплате покупной цены.

**Брокер**-это лицо, осуществляющее посредничество. Брокер совершает подготовительные действия, необходимые для заключения договора. Он не обладает товарами и не уполномочен на получение платежей.

Брокер подготавливает проект договора и посылает его сторонам для подписания, а подписанные экземпляры договора препровождает каждой из сторон договора.

Агент с исключительными правами пользуется исключительным правом на продажу товаров принципала на определенной территории.

Агенту выплачивается вознаграждение за продажи, совершенные на закрепленной за ним территории, независимо от того, его усилиями или усилиями других лиц, в том числе и принципала, они были осуществлены.

Агент, которому предоставлено исключительное право на продажу товаров, действует, при отсутствии специальной оговорки в агентском договоре, от имени принципала.

Особое место при экспортных операциях принадлежит **комиссионным экспортным домам**, вступающим в договорные отношения двоякого рода.

С одной стороны, создаются отношения между экспортным домом и импортером, квалифицируемые как отношения между агентом и принципалом. С другой стороны, для реализации полученных от импортера заказов экспортный дом вступает в отношения с местными поставщиками, причем отношения могут быть по своему характеру различными. Допускается выступление экспортного дома как от своего имени, так и "от имени наших принципалов". При выступлении последнего рода экспортный дом, как правило, принимает на себя ответственность за оплату покупной цены.

Что касается отношений между экспортным домом и импортером, то они квалифицируются как отношения между агентом и принципалом, что не препятствует агенту предоставлять импортеру кредиты.

**Аукционист** - агент, которому принципал передает товары для продажи с аукциона. Он имеет право на получение покупной цены. Аукционист, действующий в рамках обычных полномочий, обязывает принципала и тогда, когда он нарушает указания принципала. Так, добросовестный покупатель товара с аукциона становится собственником товара в случаях, когда аукционист нарушил указания принципала в отношении размера покупной цены (Гражданское и торговое право кап. стран, С. 59).

**ТЕМА: ДОГОВОР ДОВЕРИТЕЛЬНОГО УПРАВЛЕНИЯ ИМУЩЕСТВОМ**

**1.Понятие и особенности договора доверительного управления имуществом**

**2.Содержание договора доверительного управления имуществом**

**3.Прекращение договора доверительного управления имуществом**

**I.Понятие и особенности договора доверительного управления имуществом**

**Понятие договора доверительного управления имуществом**.

Ст.850 ГК КР - Под договором доверительного управления понимается такой договор, по которому одна сторона (**учредитель управления**) передает другой стороне (**доверительному управляющему)** на определенный срок имущество в доверительное управление, а доверительный управляющий обязуется осуществлять управление этим имуществом в интересах учредителя управления или указанного им лица (выгодоприобретателя).

При этом передача имущества в доверительное управление не влечет перехода права собственности к доверительному управляющему.

В последнем случае договор доверительного управления имуществом является **договором в пользу третьего лица**, и на него распространяются правила, установленные ст.389 ГК.

Доверительное управление является **обязательственным правом**, а не вещным, как это имеет место в англо-американской правовой системе.

**Правовая природа** доверительного управления имуществом (как одного из самостоятельных типов договорных обязательств) состоит в управлении **чужим имуществом**  в **интересах его собственника** или выгодоприобретателя.

 **Например,** возьмем такую ситуацию.

Предприниматель Владимиров принял по договору доверительного управления на пять лет старый дом с толстыми кирпичными стенами с правом совершать в отношении дома любые юридические и фактические действия в интересах владельца дома Котова. В качестве вознаграждения Владимирову причитался определенный процент от прибыли, полученной при эксплуатации дома.

Владимиров сдал в аренду помещение дома под кондитерский магазин и, взяв деньги в кредит в коммерческом банке, надстроил два этажа с четырьмя квартирами в них. Квартиры он сдавал на несколько дней приезжим за высокую плату. Полученные доходы от дома, Владимиров выплачивал только кредитору-коммерческому банку, расплачиваясь по кредитному договору, а Котову представлял только отчеты о своей деятельности.

Котов посчитал свои взаимоотношения с Владимировым невыгодными для себя и потребовал досрочного расторжения договора доверительного управления и возмещения доверительным управляющим упущенной выгоды за время доверительного управления.

**Можно поставить следующие вопросы для разрешения данной ситуации:**

**-**какова юридическая природа данного договора;

-какие действия вправе совершать доверительный управляющий;

-что понимается под “интересами” учредителя управления;

-что понимается под “выгодой” учредителя управления.

-как следует разрешить данную ситуацию?

**Субъекты договора доверительного управления имуществом.**

**Стороны договора** - учредитель доверительного управления и доверительный управляющий. Определим их **правовой статус**.

**Учредителем** доверительного управления является только **собственник** имущества. В этих целях собственник наделяет доверительного управляющего правомочиями по владению, пользованию и распоряжению указанным имуществом, в рамках которых доверительный управляющий вправе совершать любые **фактические** и **юридические действия** для обеспечения эффективного управления доверенным ему имуществом.

Передача собственником части или даже всех своих правомочий другому лицу, в т.ч. доверительному управляющему, сама по себе не ведет к утрате им права собственности хоты бы потому, что оно не исчерпывается этими правомочиями (в данном случае их "триадой").

Такая передача в действительности представляет собой **способ осуществления правомочий собственника**, а не **способ отчуждения** принадлежащих ему прав или имущества.

Нельзя не согласиться с тем, что, передавая имущество в доверительное управление, собственник тем самым действительно реализует свои **правомочия.**

Однако правильно ли в этом случае говорить о том, что собственник одновременно с имуществом передает доверительному управляющему и свои **правомочия** или их часть (скажем, возможность их реализации). В данном случае идет речь лишь о содержании **правомочий** доверительного управления (владение, пользование и в известных пределах распоряжение доверенным ему имуществом), но никак не о существе или о правовой природе этих правомочий.

**Правомочия** доверительного управляющего по управлению имуществом не могут в принципе представлять собой правомочия, делегированные (переданные) самим собственником, по той причине, что права доверительного управляющего в отношении доверенного ему имущества не переходят к нему от собственника, а возникают из договора доверительного управления имуществом.

При этом собственник не передает свои **правомочия** доверительному управляющему, а возлагает на него путем заключения договора определенные обязанности по управлению имуществом (Витрянский В.В. Обязательства по доверительному управлению имуществом: существо и характерные признаки. /Хозяйство и право. N 10. 2001).

 Исполнение доверительным управляющим обязанностей, вытекающих из договора доверительного управления, по отношению к третьим лицам выглядит как осуществление **правомочий** собственника. И не более того.

Нельзя не учитывать также, что и пред третьими лицами доверительный управляющий выступает именно в качестве лица, выполняющего свои обязательства перед собственником - учредителем доверительного управления.

Доверительный управляющий, заключая сделки с имуществом, переданным в доверительное управление (пусть и от своего имени), обязан указать, что он действует именно в **качестве управляющего** (обязательная пометка на всех документах "Д.У." перед подписью).

Собственник-учредитель сохраняет не только право собственности на это имущество, но и все свои правомочия. Он принял на себя обязательство воздерживаться от любых действий, препятствующих доверительному управляющему в исполнении обязательств, вытекающих из договора.

О сохранении собственником-учредителем доверительного управления своих правомочий свидетельствует и предоставленная ему возможность отказаться в любой момент от договора по своему усмотрению при условии выплаты доверительному управляющему обусловленного договором вознаграждения (ст.865 ГК).

Передача имущества в доверительное управление представляет собой не одномоментный акт передачи полномочий, а напротив, **длящийся** (в течение всего срока договора) **процесс извлечения доходов** собственником от использования его имущества, то есть **процесс реализации** собственником **своих правомочий.**

Поэтому договором установлена обязанность доверительного управляющего представлять учредителю управления отчет о своей деятельности в сроки и в порядке, которые установлены договором (ст.862 ГК).

**Доверительный управляющий (правовой статус)**.

Ст. 858 ГК - в качестве доверительного управляющего может выступать лишь профессиональный участник имущественного оборота - индивидуальный предприниматель или коммерческая организация (так как идет постоянное совершение юридических действий).

Это фактически договор в пользу третьего лица (выгодоприобретателя), которое не является стороной договора (если только не выступает сам как учредитель доверительного управления).

Предусмотрены случаи учреждения доверительного управления по основаниям, предусмотренным **законом**, но и в этих случаях непосредственным **основанием возникновения правоотношений** является **договор** доверительного управления имуществом (ст.851 ГК).

Однако, в качестве учредителя выступает не собственник, а иное лицо, указанное в законе, например, орган опеки и попечительства, исполнитель завещания.

**Например**:

-над имуществом недееспособных или ограниченно дееспособных граждан (ст.73 ГК);

-на основании завещания, в котором назначен исполнитель завещания (доверительный управляющий или иначе душеприказчик) (ст.1138 ГК);

-над имуществом безвестно отсутствующего гражданина (cт.78 ГК);

-при патронаже над дееспособными гражданами (ст.76 ГК);

-при реализации имущества собственника при его банкротстве (учредитель-суд назначает ликвидатора).

 Последний приведенный случай (**банкротство должника**) был подвергнут критике в работах Витрянского В.В.

При **банкротстве должника** лицо, назначаемое судом (внешний или конкурсный управляющий или ликвидатор), с одной стороны, осуществляет специальные полномочия, предусмотренные законодательством о несостоятельности (банкротстве):

-добивается признания сделок, совершенных должником, недействительными;

-отказывается от невыгодных договоров;

- созывает собрание кредиторов;

- ведет реестр их требований;

- составляет план внешнего управления;

-реализует имущество должника и т.п., а с другой стороны управляет делами должника - юридического лица, то есть действует в качестве органа управления юридического лица (но не управляет его имуществом). Осуществление этих полномочий никак не может рассматриваться в качестве доверительного управления имуществом в интересах его собственника (несостоятельного должника).

В данном случае речь идет о самостоятельном институте-несостоятельности (банкротстве) должника и применении процедур банкротства, предусмотренных законодательством (Витрянский В.В. Обязательства по доверительному управлению имуществом: существо и характерные признаки / Хозяйство и право. N 10. 2001).

Необходимо отличать доверительное управление имуществом и от возложения полномочий исполнительного органа акционерного общества на коммерческую организацию (управляющую компанию) или индивидуального предпринимателя, которые действуют в качестве органа управления АО.

Их действия представляют собой действия самого юридического лица. А доверительное управление устанавливается именно над имуществом и его надо отличать от управления организациями (управленческой деятельности). Юридическая природа этих отношений совершенно разная (Дозорцев В.А. Доверительное управление имуществом (глава 53).-В кн.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть вторая. Текст, комментарии, алфавитно-предметный указатель./ Под ред. О.М. Козырь, А.Л. Маковского, С.А.Хохлова.-М.,1996. C.535).

В тех случаях, когда особенности объекта управления требуют получения лицензии, доверительный управляющий должен обладать такой лицензией (объекты управления - ценные бумаги, денежные средства, предприятия транспорта и т.д.)

В случаях, когда доверительное управление имуществом осуществляется по основаниям, предусмотренным законом, доверительным управляющим может быть гражданин, не являющийся предпринимателем, или некоммерческая организация, за исключением учреждения.

Закон запрещает также выступать в качестве доверительного управляющего государственным органам или органам местного самоуправления. Не может им быть и выгодоприобретатель по договору доверительного управления имуществом.

Доверительное управление осуществляется в интересах собственника, от имени собственника и фактически это **титульный владелец** имущества учредителя, поэтому применяются иски как для защиты его владения, так и иски защиты его прав от самого собственника.

Подлежит изъятию имущество лишь в случае признания собственника банкротом и включается в конкурсную массу. Бремя содержания и риск приращения и уменьшения имущества продолжает нести собственник. (Витрянский В.В. Обязательства по доверительному управлению имуществом: существо и характерные признаки./ Хозяйство и право. N 10. 2001).

Следовательно, доверительный управляющий является стороной в сделках, а долги по этим обязательствам погашаются за счет имущества, переданного в доверительное управление (что является отличительным признаком данного договора).

Нередко в юридической литературе можно встретить высказывания об особом значении для обязательств по доверительному управлению имуществом лично-доверительных **(фидуциарных)** отношений между учредителем и доверительным управляющим.

При этом обычно эти суждения строятся на основе самого названия данного типа обязательств. Например, В.В. Горбунов отмечает: ”Слово “доверие“ предполагает наличие особых отношений между учредителем управления и доверительным управляющим. Доверительные отношения между названными лицами основаны на риске, который несет учредитель управления, передавая в доверительное управление принадлежащее ему имущество” (Горбунов В.В. Договор доверительного управления имуществом / Автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд.юрид.наук.- Екатеринбург, 2000, C.9).

По мнению Витрянского В.В. не следует придавать юридического значения названию этого типа обязательства, поскольку элемент **доверительности** не является особенностью данных правоотношений (как например, в договоре поручения).

Как правило, **термин "доверительный" носит условный характер**, чисто фактический характер и не имеет особого юридического значения, в отличие от договора поручения.

Конечно, личность управляющего для учредителя имеет большое значение, что объясняется повышенным риском утраты имущества, переданного по договору.

Однако этот риск присущ и другим договорам (при предоплате купли – продаже риск покупателя, продаже в кредит риск продавца, вкладчика по депозиту и владельца счета при банкротстве банка, комитента, передавшего товары на реализацию комиссионеру в договоре комиссии и т.д.), поэтому лично-доверительный характер не может служить квалифицирующим признаком именно доверительного управления.

Л.Г.Ефимова, рассматривая вопрос о применении договора доверительного управления в банковской практике, приходит к выводу о том, что “понятие“ доверительные (трастовые, фидуциарные) операции” в разных странах определяется по-разному.

Как правило, это название связано с особыми, доверительными отношениями, складывающимися между банками (иными управляющими) и их клиентами (Ефимова Л.Г. Банковские сделки: право и практика. М.,2001.C.612).

В банковской практике давно сложилось понятие "трастовые операции". В России был даже принят Указ Президента РФ от 24.12.1993 г. ”О доверительной собственности (траста)“, где подробно описывается правовая специфика данной финансовой операции (**трастовой)**.

**Трастовые** финансовые операции включают большой круг сделок, которые выходят за пределы понятия "доверительный характер". К числу таких трастовых операций обычно относят, например:

-формирование инвестиционного портфеля;

-принятие ценностей на хранение;

-урегулирование претензий кредиторов к обанкротившемуся должнику;

-ведение реестра акционеров;

-осуществление функций депозитариев по государственным краткосрочным и казначейским обязательствам и т.п.

Следовательно, "трастовые сделки" не имеют отношения к доверительному управлению и регулируются другими договорами.

Очевидно, что названные “трастовые сделки“ не имеют никакого отношения к доверительному управлению имуществом, а регулируются иными договорами и правовыми нормами.

Кроме того, элемент доверия, который должен присутствовать в отношениях клиента, поручающего банку проведение соответствующих операций, и банка, носит не юридический, а чисто фактический характер.

Такого рода “доверие“ присуще всяким взаимоотношениям, складывающимся между банком и его клиентами, рискующими потерять свои денежные средства, уже вследствие их внесения на банковский счет, банковский вклад (депозит) в соответствующем банке.

Кстати, уже в первых комментариях к нормам о доверительном управлении имуществом, обращалось внимание на то, что не следует придавать юридического значения названию соответствующего типа обязательств, поскольку элемент доверительности не является особенностью данных правоотношений

Некоторые авторы усматривают в доверительной собственности(трасте) и доверительном управлении имуществом определенное сходство (по целям и выполняемым задачам) с **правом хозяйственного ведения** государственных и коммунальных предприятий и **правом оперативного управления** учреждений и находят возможным проводить сравнительный анализ **траста** и доверительного управления, заканчивающихся не в пользу права хозяйственного ведения и права оперативного управления.

Так, в свое время (до появления договора доверительного управления в части второй ГК), К.И.Скловский пришел к следующему выводу: ”Если уж сравнивать **траст** с хозяйственным ведением, то в пользу **траста** и то, что он куда более юридически определен…, и в мировом праве может быть сопоставлен с аналогичными институтами. Есть все основания считать, что проблема **траста** в целом возникла именно из-за неясности конструкции хозяйственного ведения (оперативного управления), как способ создания наряду с ней иного весьма широкого вещного права с гораздо более определенным содержанием” (Скловский К.И. Собственность в гражданском праве. Ставрополь.1994.C.79).

Еще дальше пошел П.В.Турышев, по мнению которого, ”российское право вполне допускает возможность введения института доверительной собственности (**траста**) в “чистом” виде, так как имеет опыт регулирования отношений “расщепленной“ собственности в виде имущества государственного предприятия, правомочия на которое имели и государство, и само предприятие” (Турышев П.В. Траст и договор доверительного управления имуществом / Автореф. дис. на соиск. учен.степ. канд. юрид.наук. М.1997.С.15).

Вот так. Оказывается, конструируя **право полного хозяйственного ведения** для государственных предприятий (ст.230 ГК) в период, когда все основные средства производства являлись государственной собственностью, советское государство заботилось о регулировании “расщепленной “ собственности и делилось своими полномочиями собственника с государственными предприятиями.

На самом же деле намеренно искусственная модель такого ограниченного вещного права, как **право полного хозяйственного ведения** государственных и коммунальных предприятий, создавалась в целях обеспечения хотя бы минимальных условий для участия в имущественном обороте совершенно особых организаций, не являющихся собственниками ни производственных фондов, ни выпускаемой ими продукции и товаров.

Делалось это в конечном итоге в целях сохранения права государственной собственности на основные средства производства.

Именно по этой причине в советское время в качестве основных участников экономических отношений выступали товаропроизводители, не являющиеся собственниками производимых ими товаров-так называемые субъекты полного хозяйственного ведения.

Ограниченное вещное право хозяйственного ведения порождено административно-плановой экономикой и монополией государственной собственности на основные средства производства.

Государство-собственник никогда свое право собственности не “расщепляло“, а под влиянием изменяющихся экономических условий лишь ограничивало свои правомочия собственника по распоряжению государственным имуществом, закрепленным за государственными предприятиями, для обеспечения хотя бы минимальных условий для их участия в имущественном обороте.

 Кроме того, право хозяйственного ведения неразрывно связано с созданием юридического лица в особой организационно-правовой форме и представляет собой необходимый признак такого юридического лица как наличие обособленного имущества на вещном праве.

 В то время как передача имущества в доверительную собственность (траст) или доверительное управление никак не связана с процессом образования юридических лиц, а представляет собой правоотношение, складывающееся между реально существующими, независимыми друг от друга субъектами имущественного оборота: собственником имущества, доверительным управляющим, выгодоприобретателем.

 Таким образом, доверительную собственность (траст), доверительное управление и право хозяйственного ведения объединяет лишь то обстоятельство, что во всех случаях речь идет об управлении чужим имуществом.

 Что же касается существа правоотношений, их правовой природы, оснований их возникновения и сферы применения, то указанные отношения не являются однопорядковыми, призванными решать аналогичные задачи в разных правовых системах, как это представляется некоторым правоведам, по мнению В.В.Витрянского (Обязательства по доверительному управлению имуществом: существо и характерные признаки / Хозяйство и право. N 10. 2001).

**Особенности договора доверительного управления.**

В качестве отличительных признаков доверительного управления имуществом могут быть указаны следующие **характерные черты** данного правоотношения:

- правоотношения складываются между **равными**, имущественно самостоятельными и независимыми друг от друга **субъектами** - собственником, доверительным управляющим и выгодоприобретателем (бенефициаром), которые не имеют возможности воздействовать на личность контрагента, как это возможно во взаимоотношениях собственника имущества и субъекта права хозяйственного ведения (оперативного управления);

- непосредственным **основанием возникновения** доверительного управления во всех случаях является **договор**. Если же по основаниям, предусмотренным законом, является сложный юридический состав, обязательным элементом которого является договор доверительного управления и в качестве учредителя выступает не собственник, а либо орган опеки и попечительства либо исполнитель завещания (душеприказчик);

- правоотношения не относятся к числу лично-доверительных (**фидуциарных**) правоотношений и доверие носит чисто фактический характер;

- доверительное управление представляет собой **обязательственное правоотношение**, а не вещное;

- выполняя обязательства перед собственником имущества по договору, доверительный управляющий перед третьими лицами выступает в качестве **титульного владельца** имущества, действующего от своего имени, но в интересах другого лица. Если ДУ не информировал об этом другую сторону, обязанным по сделке признается сам доверительный управляющий и он же несет ответственность по заключенной сделке;

- данное правоотношение имеет сложный **предмет**, включающий в себя два рода объектов:

а) **фактические и юридические действия** по управлению (предмет обязательства), если только какие-то из них не исключены законом или договором;

б) **имущество**, переданное в доверительное управление (предмет договора).

- правоотношения носят **двусторонний** и, как правило, **возмездный** характер.

Следовательно, обязательство доверительного управления имуществом имеет сложный предмет. И если входящий в него **объект первого рода**-фактические и юридические действия доверительного управляющего-безусловно является индикатором принадлежности доверительного управления имуществом к категории гражданско-правовых обязательств по оказанию услуг, то **объект второго рода**-имущество, передаваемое в доверительное управление,-сближает данное правоотношение с обязательствами по передаче имущества, в особенности с теми из них, которые регулируют отношения, связанные со срочным владением и пользованием имуществом (аренда, ссуда и т.п.).

По своей **целевой направленности** данные правоотношения могут быть отнесены к категории обязательств по возмездному оказанию услуг. Однако, по мнению Суханова Е. А. "несмотря на некоторое сходство с договорами поручения, комиссии и агентским, договор доверительного управления не входит в группу договоров об оказании юридических услуг, а представляет собой вполне **самостоятельную разновидность** гражданско-правового договора, порождающего **обязательства по оказанию услуг**" (Гражданское право: Учебник для вузов в 4 т. / Под ред. Е.А. Суханова. М.: Волтерс Клувер, 2004. с. 118).

***Фактически доверительный управляющий оказывает услугу по осуществлению прав собственника в отношении определенного имущества, это оказание услуги собственнику-учредителю доверительного управления.***

**Объекты договора доверительного управления имуществом.**

Согласно ст.854 ГК - объектами договора доверительного управления имуществом являются:

-закон прямо называет объекты недвижимости, в т. ч. имущественные комплексы;

-ценные бумаги и права, удостоверенные бездокументарными ценными бумагами (акции, ГКО, в виде записей в памяти ЭВМ) и являются способами фиксации имущественных прав;

-исключительные права (учредители-авторы и патентообладатели на объекты интеллектуальной собственности).

Другое имущество (движимое) может быть объектом договора, если возможно его обособление на отдельном балансе или ведения по нему самостоятельного учета на отдельном банковском счете (то есть необходимо обособление в юридическом смысле от имущества управляющего).

**Денежные средства** не могут быть признаны обычным, рядовым объектом доверительного управления. Об этом свидетельствует специальная правовая норма (п.2 ст.854 ГК), согласно которой деньги не могут быть самостоятельным объектом доверительного управления, а лишь в составе предприятия или другого имущественного комплекса, а также при расчетах по деятельности, связанной с доверительным управлением.

Следовательно, **деньги** не могут быть объектом сами по себе, так как право собственности на них утрачивается в обороте, обезличиваются.

**Деньги** на вкладе или счете-это форма их учета, и сам вклад или сумма на счете-представляют собой обязательственное право требования, а не вещь как таковую. Поэтому речь идет о передаче права и необходимо его обособить путем открытия отдельного счета.

Передача в доверительное управление денежных средств допускается, только если доверительным управляющим является кредитная организация либо иное юридическое лицо, получившее лицензию на совершение таких финансовых операций. Банкам разрешена эта операция - учредитель доверительного управления-вкладчик (физическое или юридическое лицо).

Деньги можно рассматривать в качестве “средств инвестирования в ценные бумаги “, но от этого они не перестают быть деньгами.

В этих целях был даже “изобретен” новый вид “ценных бумаг”–*инвестиционный пай и было* дано следующее определение инвестиционного пая –это именная ценная бумага, удостоверяющая право инвестора по предъявлению им управляющей компании требования о выкупе инвестиционного пая на получение денежных средств в размере, определяемом исходя из стоимости имущества паевого инвестиционного фонда на дату выкупа*.*

 Такая деятельность незаконно созданными компаниями путем привлечения вкладов явилась очередной “финансовой пирамидой”, созданными без лицензии и для обмана очередных вкладчиков.

В связи с этим необходимо обратить внимание на такое обстоятельство. Во-первых, ограничение передачи денег в доверительное управление касается лишь тех случаев, когда деньги используются в качестве **самостоятельного объекта** доверительного управления, то есть когда речь идет именно о договоре доверительного управления **деньгами** как таковыми.

Нет никаких препятствий для передачи в доверительное управление денег в составе иного имущества, которое служит объектом доверительного управления: например, предприятия как имущественного комплекса, используемого для предпринимательской деятельности.

В гражданско-правовой доктрине принято выделять **наличные** и безналичные деньги.

Под **наличными** деньгами обычно понимаются деньги, имеющие вещественную форму: бумажные деньги и монеты. В гражданском праве такие деньги рассматриваются как вещи, определяемые родовыми признаками, делимые и потребляемые, платежная сила которых определяется количеством денежных единиц, заключенных в соответствующих купюрах.

В таком своем качестве, как верно отмечает Е.А.Суханов, при использовании денег в имущественном обороте “право собственности на соответствующие купюры неизбежно утрачивается и они не могут быть возвращены собственнику по окончании срока договора (тем более, что последнего обычно интересует не возврат тех же купюр, а получение большего, чем первоначальный, номинала)” (Гражданское право. Учебник. В 2-х т. Т.II./ Отв. ред. проф. Е.А. Суханов. М.2000.C.123).

Механизм учета денежных средств, переданных в доверительное управление кредитной организации, предполагает, что внесенные учредителем управления наличные деньги во всех случаях преобразуются в **безналичные деньги на банковских счетах** доверительного управляющего и именно в таком своем качестве используются как объект доверительного управления.

 Что же касается существа **безналичных денег**, то большинство авторов, исследовавших их правовую природу, рассматривают средства на текущих банковских счетах в качестве **объекта обязательственных прав** клиентов.

Открывая банковский счет, его владелец передает имеющиеся денежные средства, а также денежные средства, которые будут поступать на его счет, в полное распоряжение банка. По сути, денежные средства клиентов становятся составной частью имущества банка.

Взамен владелец счета получает права требования к банку относительно совершения банком в интересах клиента и по его поручениям различных банковских операций, в том числе по перечислению денежных средств.

При этом отношения, складывающиеся между владельцем счета и банком, по своей правовой природе являются **обязательственно-правовыми**.

Согласно ст.858 ГК–не подлежит передаче в **доверительное управление имущество,** находящееся в хозяйственном ведении или оперативном управлении.

Исходя из сути договора, запрещено передавать в **доверительное управление имущество,** находящееся в хозяйственном ведении (государственных, коммунальных предприятий) или в оперативном управлении (государственных предприятий или финансируемых собственником учреждений)-так как оно уже передано собственником на ограниченном вещном праве юридическим лицам, поэтому эти юридические лица не вправе выступать учредителями доверительного управления.

Если же собственник передаст их имущество в доверительное управление, то юридические лица вправе защищать свои права. Поэтому необходимо вначале прекратить вещные права юридических лиц на это имущество (то есть либо ликвидировать либо изъять имущество, а это относится лишь к субъектам оперативного управления).

Cт.855 ГК - может быть передано в доверительное управление имущество в залоге, так как право собственности осталось у залогодателя.

Передача недвижимости в доверительное управление производится по правилам договора купли-продажи, т.е. составляются следующие документы:

-текст договора;

-передаточный акт;

-если имущественный комплекс - то акт инвентаризации, бухгалтерский баланс, заключение независимого аудитора, перечень всех долгов и обязательств, а также-государственная регистрация договора и т.д.

Анализируя **место** доверительного управления в системе гражданских договоров, необходимо отметить следующее.

 Во-первых, рассматриваемый договор относится к группе обязательств, направленных на **выполнение работ (оказание услуг)**.

 Этот **родовой признак** позволяет отграничить доверительное управление имуществом от договоров, также предусматривающих передачу имущества, но относящихся к иным группам по признаку направленности.

 **Например**, в договоре аренды, как и в договоре доверительного управления имуществом, происходит передача имущества во временное владение и пользование.

Однако в отличие от аренды, где пользование оплачивает лицо, которому передается имущество, в договоре доверительного управления услугу оказывает лицо, принимающее имущество, и, соответственно, при определенных условиях оно имеет право на вознаграждение.

 Во-вторых, договор доверительного управления имуществом обладает **спецификой**, отличающей его от других обязательств, направленных на выполнение работ (оказание услуг).

 **Квалифицирующий признак** данного правоотношения заключается в том, что доверительный управляющий **оказывает услугу по осуществлению прав собственника в отношении определенного имущества.**

При этом доверительный управляющий осуществляет в отношении договорного имущества **правомочия собственника** в пределах, ограниченных законом или договором.

На первый взгляд, может показаться, что доверительное управление имуществом можно причислить к обязательствам, направленным на оказание юридических услуг, ведь по договору доверительного управления имуществом, так же, как при поручении и комиссии, могут совершаться юридически значимые действия.

Однако рассматриваемое обязательство предусматривает **оказание особых услуг** с целью достижения специфического результата.

 Договор доверительного управления имуществом предусматривает **оказание особых услуг** по осуществлению прав собственника в отношении определенного имущества в целях получения имущественной выгоды.

В связи с этим учредителя управления интересует получение имущественной выгоды от использования договорного имущества. Какими фактическими и юридическими действиями доверительный управляющий будет этого добиваться-остается за рамками интересов учредителя управления.

 Его интересы направлены не на совершение конкретных фактических и юридических действий, а на получение имущественной выгоды.

 В отличие от договоров, направленных на оказание юридических услуг, где целью обязательства является услуга по совершению юридически значимых действий, договор доверительного управления имуществом направлен на оказание услуги по получению имущественной выгоды от осуществления правомочий собственника в отношении определенного имущества (Романец Ю.В. Система договоров в гражданском праве России. М., СТАТУТ. 2001. C.432).

 Данная услуга отличается от услуги, оказываемой при поручении или комиссии, тем, что она не ограничивается совершением конкретного юридического действия или определенного количества юридических действий.

 ***Это - услуга по управлению имуществом в течение определенного срока***.

 Данный признак принципиально отличает доверительное управление имуществом от поручения и комиссии даже несмотря на то, что отдельные элементы этих обязательств в виде совершения юридических действий могут в нем присутствовать.

 Соответственно, нормы института доверительного управления имуществом отражают именно направленность на оказание услуги по управлению имуществом, а не направленность на оказание конкретных юридических и фактических услуг.

 Таким образом, **договор доверительного управления имуществом направлен на оказание услуг по осуществлению правомочий собственника (более или менее ограниченных) в отношении договорного имущества в течение определенного срока в целях извлечения прибыли**

 Более жесткие требования установлены для **формы договора** доверительного управления имуществом. Специфика, видимо состоит в том, что, заключив договор доверительного управления имуществом, собственник лишается тех прав в отношении договорного имущества, которые он передал управляющему.

 В этом обязательстве имущество в большей степени обособляется от собственника. Поэтому для достижения определенности в вопросе принадлежности имущества и прав на него, существенной для третьих лиц, законодатель установил более жесткие требования к форме сделки.

Кроме того, поскольку заключение договора доверительного управления имуществом влечет серьезные правовые последствия, установлена четкая форма волеизъявления сторон.

 Закон говорит об **обособлении имущества,** находящегося в доверительном управлении. Таких правил не предусмотрено для договоров поручения и комиссии. Это также является специфической чертой данного обязательства.

 В договоре комиссии имущество также может передаваться комиссионеру для заключения конкретной сделки, однако при этом не требуется отражения имущества на отдельном балансе комиссионера, поскольку предполагается заключение одной сделки с договорным имуществом.

 Договор доверительного управления имуществом, напротив, направлен на совершение неограниченного количества фактических и юридических действий в отношении конкретного имущества в течение определенного срока действия договора. В связи с этим необходимы правовые средства, позволяющие обособить договорное имущество от имущества доверительного управляющего.

**II. Содержание договора доверительного управления имуществом**

В ст.852 ГК закреплен перечень **существенных условий** договора доверительного управления имуществом (который отсутствует в нормах о договорах поставки, ренты и пр.).

**Существенные условия договора доверительного управления имуществом**.

Исходя из общих требований, в первую очередь существенным условием является **предмет договора** - **управление имуществом.**

Именно обозначение предмета соответствует сущности отношений по доверительному управлению, так как непосредственная **цель данного договора**-совершение одной из сторон определенных действий (юридического и фактического характера) по управлению чужим имуществом.

В то же время данные действия важны не сами по себе, их непосредственным объектом является имущество, переданное в управление.

Следовательно, непосредственным **объектом** является имущество, переданное в управление доверительному управляющему.

Ст.854 перечисляет **круг объектов**. Поэтому в ст.852 в качестве первого из существенных условий договора называют **состав этого имущества**.

Круг возможных действий очерчен достаточно широко, поэтому перечисление в тексте договора действий, дозволенных управляющему, необязательно (за исключением доверительного управления ценными бумагами и денежными средствами).

Следовательно, доверительный управляющий вправе совершать "любые юридические и фактические действия" в интересах учредителя.

Факт несоблюдения этих интересов собственник будет доказывать, когда потребует привлечения доверительного управляющего к ответственности.

Из иных существенных условий договора доверительного управления особый интерес представляет условие о наличии или отсутствии **вознаграждения** за оказываемые услуги.

Не вполне ясна формулировка в законе, где указано, что управляющий имеет право на вознаграждение, предусмотренное договором, а размер и форма такого вознаграждения будут существенными условиями договора, если выплата вознаграждения им предусмотрена.

Одним из существенных условий является уплата **вознаграждения**, то есть речь идет о возмездности договора. Исходя из буквального смысла нормы -упоминание в договоре о наличии или отсутствии вознаграждения за действия управляющего, является обязательным, а сам договор может быть как возмездным, так и безвозмездным.

Разрешение данного вопроса имеет значение для действия договора, который без указания на его возмездность или безвозмездность **не считается заключенным.**

Исходя из общих правил, поскольку любой договор предполагается возмездным, если иное не предусмотрено законом или договором, то договор доверительного управления не может быть безвозмездным.

По общему правилу доверительным управляющим является:

- индивидуальный предприниматель;

- коммерческая организация.

Конструкция доверительного управления оформляет отношения предпринимателя, который умеет управлять чужим доходным имуществом (ценными бумагами, валютными ценностями, недвижимостью и т.д.), с собственником такого имущества, который не желает этим заниматься по каким-то причинам.

Поэтому, по общему правилу договор должен бы предполагаться возмездным.

В возмездном договоре следует предусматривать размер и форму вознаграждения управляющему. Согласно ст.864 ГК-вознаграждение производится за счет доходов от использования этого имущества.

Не исключена вероятность того, что стороны предусмотрят в договоре обязанность учредителя выплачивать вознаграждение из собственных средств.

Возможна ситуация, когда имуществу необходимо поддержание его состояния, постоянная эксплуатация, но в какой-то период оно неспособно принести ощутимый доход.

Желая снять с себя заботы об имуществе, учредитель может привлечь управляющего и оплачивать его услуги за счет собственных средств.

Например, это управление не всегда может быть доходно, поэтому следует предусмотреть в договоре оплату из собственных средств учредителя доверительного управления.

Ст.852 ГК в качестве существенного условия называет - **срок действия договора**. Предельный (максимальный) срок-5 лет. Значительный интерес вызывает предусмотренная законом возможность продления договора, если стороны по окончании срока его действия не заявят о желании прекратить договор. Такого правила нет в других договорных конструкциях.

Для продления договора доверительного управления (срочного договора) управляющему нет надобности обращаться с соответствующей просьбой к учредителю управления. Наоборот, определенные действия обеих сторон нужны, чтобы прекратить договор. Указанную особенность конструкции доверительного управления объясняет сущность взаимоотношений сторон.

Управление имуществом - это, как правило, непрерывный процесс, требующий постоянного внимания и прекращение управления связано с возможными потерями в доходах от имущества. Поэтому для прекращения отношений в связи с окончанием срока нужна инициатива одной из сторон.

Данный договор не бессрочный, поскольку преследовалась цель исключить возможность заключения притворных договоров, скрывающих под бессрочным доверительным управлением отчуждение имущества.

Кроме того, срочный характер договора обеспечивает устойчивость прав и обязанностей сторон, которые не могут быть прекращены в любое время (что возможно в договоре поручения).

Предусмотрена пролонгация договора (то есть снова на 5 лет) на тех же условиях и срок. Поэтому этот договор не может прикрывать отчуждение имущества собственника.

Согласно ст.853 ГК-договор должен быть заключен в **письменной форме**. Несоблюдение формы договора или требования о регистрации передачи недвижимого имущества в доверительное управление влечет недействительность договора.

**Обычные условия договора доверительного управления имуществом**.

Помимо существенных условий договора, рассмотрим **обычные условия** договора доверительного управления имуществом:

-передача имущества не влечет перехода прав собственности;

-предмет договора - осуществлять управление;

-сделки от имени доверительного управляющего с обязательным указанием на то, что он действует в таком качестве;

-доверительный управляющий не может присваивать выгоды от управления имуществом;

-имущество, переданное в управление, существует обособленно, оно не может быть направлено на погашение долгов учредителя (за исключением случаев несостоятельности), а также на погашение долгов по обязательствам управляющего, не связанным с исполнением обязанностей по доверительному управлению. В состав имущества в процессе управления включаются связанные с ним обязательства и права.

-управляющий обязан отчитываться пред учредителем и выгодоприобретателем. Порядок и сроки предоставления отчета - это случайные условия договора;

-доверительный управляющий исполняет свои обязанности лично.

Исключения предусмотрены п.2 ст.862 ГК, могут быть установлены договором, тогда это будет случайным условием;

- управляющий всегда имеет право на возмещение ему расходов, понесенных при доверительном управлении;

* обычными являются условия о прекращении договора, кроме тех, которые могут быть изменены сторонами. При умолчании об этих условиях в договоре действуют обычные условия, указанные в законе.

**Случайные условия договора доверительного управления имуществом**.

Среди случайных условий договора доверительного управления имуществом следует включать в договор следующие:

-круг действий, которые вправе совершать доверительный управляющий. Перечень действий может быть прямо предусмотрен договором. Воля сторон не ограничена при определении действий ничем, за исключением объема правомочий самого учредителя и законности действий управляющего;

-круг обязанностей управляющего. Должен быть указан перечень обязанностей, иначе в его обязанности входит "все", а то, чего он не совершает, влечет для него ответственность за причинение убытков или нарушение интересов выгодоприобретателя.

-обеспечение исполнения управляющим его обязанностей. Управляющий может предоставить залог в обеспечение возможных убытков учредителя или выгодоприобретателя. Могут использоваться и иные обеспечительные сделки (банковская гарантия, поручительство, неустойки и т.п.), а также несколько способов обеспечения в совокупности;

-продолжение действия договора в случаях смерти гражданина-выгодоприобретателя (или ликвидации юридического лица), а также отказа его от получения выгод. Стороны могут предусмотреть, что при указанных обстоятельствах договор продолжает действовать в интересах учредителя управления, что будет означать переход к нему прав выгодоприобретателя, предусмотренных договором;

-судьба имущества после прекращения договора. Стороны вправе предусмотреть возможность выкупа по окончании договора, если он не был продолжен в установленном порядке. Возможны и передача выгодоприобретателю, для чего необходимо установление его подлинной воли

(Михеева Л. Содержание договора доверительного управления имуществом. /Хозяйство и право,1999. N 7).

По мнению данного автора, в тексте договора обязательно должны быть следующие пункты:

-доверительный управляющий должен принимать меры по сохранности переданного ему имущества;

-доверительный управляющий обязан всеми своими действиями способствовать увеличению общей стоимости имущества

-обязан реализовывать малодоходные виды имущества, помещать вырученные средства во вклады или иными способами заботиться о сохранении и приумножении.

-меры по защите прав на имущество;

-не вправе, если иное не предусмотрено договором, использовать в личных целях, а также присваивать себе плоды и доходы от управления.

**Права и обязанности сторон по договору доверительного управления имуществом.**

**Доверительный управляющий вправе:**

-совершать в отношении имущества любые юридические и фактические действия в интересах учредителя управления или выгодоприобретателя;

-требовать всякого устранения нарушения его прав, в том числе применять все гражданско-правовые способы для защиты переданного в доверительное управление имущества;

-требовать вознаграждения, предусмотренного договором, а также возмещения необходимых расходов, произведенных им при доверительном управлении имуществом за счет доходов от использования этого имущества;

-в одностороннем порядке отказаться от исполнения договора, если не может лично управлять переданным ему имуществом, с уведомлением за три месяца.

**Доверительный управляющий обязан:**

-осуществлять доверительное управление лично;

-проявлять должную заботу об интересах учредителя управления или выгодоприобретателя;

-поддерживать имущество в надлежащем состоянии;

-сообщать третьим лицам о том, что является доверительным управляющим;

-не использовать имущество в своих интересах;

-не отчуждать имущество по безвозмездным сделкам;

-представлять учредителю управления и выгодоприобретателю отчет о своей деятельности в сроки и в порядке, которые установлены договором доверительного управления имуществом;

-по прекращении договора возвратить имущество учредителю управления в состоянии, определенном договором.

 Доверительный управляющий освобождается от обязанности осуществлять доверительное управление лично в случаях:

-если уполномочен договором поручать управление имуществом другому лицу;

-если получил на это письменное согласие учредителя управления;

-вынужден поручить управление имуществом другому лицу силой обстоятельств для обеспечения интересов учредителя управления или выгодоприобретателя и не имеет возможности получить указания учредителя управления в разумный срок.

**Учредитель управления вправе:**

-контролировать деятельность доверительного управляющего;

-требовать получения доходов и иных поступлений от использования имущества, переданного в доверительное управление;

-отказаться от договора с уведомлением доверительного управляющего об этом за три месяца.

**Учредитель управления обязан:**

-выплатить доверительному управляющему обусловленное договором вознаграждение;

-возместить доверительному управляющему расходы в связи с исполнением договора;

-обеспечить доверительного управляющего всеми документами и сведениями, необходимыми ему для выполнения обязанностей по договору.

**Ответственность доверительного управляющего.**

Доверительный управляющий несет ответственность при возникновении убытков от использования договорного имущества. При этом учредителю управления **убытки возмещаются:**

-как в форме реального ущерба;

-так и в форме упущенной выгоды.

 В тех случаях, когда управление имуществом произведено в интересах выгодоприобретателя, последнему возмещается упущенная выгода.

 Ответственность наступает, если убытки произошли вследствие нарушения управляющим принятых на себя обязанностей по договору доверительного управления имуществом.

 Основанием возникновения ответственности является не только вина управляющего, но и случай.

 Согласно ст.863 ГК–управляющий **освобождается от ответственности**, только если убытки возникли вследствие непреодолимой силы либо действий выгодоприобретателя или учредителя управления.

Бремя доказывания обстоятельств, освобождающих от ответственности, лежит на управляющем. Доверительный управляющий несет **субсидиарную ответственность** по обязательствам, возникшим в связи с доверительным управлением имуществом, ибо при недостаточности этого имущества взыскание обращается на его имущество (а при его недостаточности - на имущество учредителя управления, не переданного в доверительное управление).

 За действия избранного им поверенного доверительный управляющий отвечает перед учредителем как за свои собственные.

 Если при совершении сделок с третьими лицами доверительный управляющий (или назначенный им поверенный) выходит **за пределы предоставленных ему полномочий** либо действует с нарушением установленных для него ограничений, и эти третьи лица знают об этом, то ответственность по возникшим при этом обязательствам несет доверительный управляющий своим собственным имуществом.

 Если же третьи лица докажут, что они не знали и не могли знать о допущенных доверительным управляющим (или назначенным им поверенным) нарушениях, то долги по обязательствам погашаются за счет имущества, переданного в доверительное управление, а при его нехватке - за счет личного имущества учредителя управления.

 Ответственность учредителя управления перед третьими лицами по обязательствам в связи с доверительным управлением имуществом обусловлена тем, что он лично выбрал лицо, которому поручил управлять своим имуществом.

 Обращение взыскания по долгам учредителя на имущество, переданное им в доверительное управление, не допускается, за исключением **несостоятельности (банкротства)** этого лица.

**III.Прекращение договора доверительного управления имуществом**

 Помимо **общих оснований** прекращения договорных обязательств (ст.370-ст.380 ГК), ст.865 ГК предусматривает **специальные основания** для прекращения договора доверительного управления имуществом:

-смерть гражданина либо ликвидация юридического лица, являющегося выгодоприобретателем;

-смерть доверительного управляющего, признание его недееспособным, ограниченно дееспособным или безвестно отсутствующим;

-отказ доверительного управляющего или учредителя управления от осуществления доверительного управления в связи с невозможностью для доверительного управляющего лично осуществлять свои полномочия;

-банкротство участников;

-одностороннее прекращение договора выгодоприобретателем и учредителем управления без указания мотивов.

 При отказе от договора одной стороны другая сторона должна быть **уведомлена** об этом за **три месяца** до прекращения договора, если договором не предусмотрен иной срок уведомления.

 При прекращении договора имущество, находящееся в доверительном управлении, передается учредителю управления, если договором не предусмотрено иное

 Учредитель управления при **досрочном прекращении** договора в двух следующих случаях обязан выплатить управляющему **вознаграждение**:

-если договор прекращается по требованию управляющего в случае, когда учредитель не известил его о том, что имущество, переданное в доверительное управление, является предметом залога. В этом случае управляющему должно быть выплачено вознаграждение за год, согласно ст.855 ГК;

-если договор прекращается по требованию учредителя управления по причинам, не связанным с невозможностью управляющего лично исполнять договор, последнему должно быть выплачено все обусловленное договором вознаграждение.

**ТЕМА: ОБЯЗАТЕЛЬСТВА, ВОЗНИКАЮЩИЕ ВСЛЕДСТВИЕ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА: ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ**

**1.Имущественная ответственность в гражданском праве: общие положения**

**2. Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда: общие положения**

**3. Ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности**

1. **Имущественная ответственность в гражданском праве:**

**общие положения**

Вопрос о понятии гражданско-правовой ответственности многие годы является спорным в юридической науке и этим, прежде всего, и объясняется множественность точек зрения относительно сущности этого понятия. Дело в том, что предлагаемые выводы зависят нередко от избранного аспекта исследования этого неоднозначного понятия.

В тех случаях, когда гражданско-правовая ответственность рассматривалась как вид социальной ответственности, правоведы неизбежно приходили к необходимости выделения в качестве существенных признаков этого понятия таких его черт, которые позволяют отделить юридическую (в том числе гражданско-правовую) ответственность от иных видов социальной ответственности: моральной, экономической и т.д.

Такой подход приводит авторов к выводу о том, что **гражданско-правовая ответственность** представляет собой форму государственного принуждения.

Например, В. П. Грибанов определял **гражданско-правовую ответственность,** как одну из форм государственного принуждения, связанную с применением санкций имущественного характера, направленных на восстановление нарушенных прав и стимулирование нормальных экономических отношений юридически равноправных участников гражданского оборота (Гражданское право: Учебник в 2-х т. Т.1. /Под ред. Е. А. Суханова. М. 1993. С 172-173).

Б.И. Пугинский отмечал, что, "хотя ответственность может быть реализована в бесспорном (неисковом) порядке и даже добровольно возложена на себя должником путем уплаты суммы неустойки или убытков потерпевшей стороне, это не меняет ее государственно-принудительного характера" (Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях. М. 1984. С. 137).

В то же время нельзя не заметить, что государственное принуждение, принудительный характер присущи всякой санкции. Ответственность-это санкция за правонарушение, но санкция отнюдь не всегда означает ответственность (Иоффе О. С. Ответственность по советскому гражданскому праву. Л.1955.С. 95).

Н. Д. Егоров также рассматривает гражданско-правовую ответственность как санкцию, применяемую к правонарушителю в виде возложения на него дополнительной гражданско-правовой обязанности или лишения принадлежащего ему гражданского права (Гражданское право. Учебник. Т 1 /Под ред. Ю. К. Толстого, А. П. Сергеева М.1996. С. 480-481).

Наряду с чрезвычайно широким подходом к понятию гражданско-правовой ответственности в юридической литературе встречаются и определения этого понятия в более узком смысле.

В основном такой подход отмечается в позиции авторов, анализирующих чисто практические аспекты понятия, связанные с применением соответствующих правовых норм, предусматривающих **ответственность** за нарушение внедоговорного или договорного обязательства.

Например, М. И. Брагинский отмечает, что "**ответственностью** за нарушение обязательства называют установленные законом меры имущественного воздействия на должника, нарушившего обязательство. Существуют две формы ответственности за нарушение обязательства... во-первых, возмещение причиненных убытков и, во-вторых, уплата неустойки" (Гражданское право России. Курс лекций. Часть 1./Под ред. О. Н. Садикова.М.1996.С.269; см. также: Витрянский В. В. Договоры: порядок заключения, изменения и расторжения. Новые типы. М.1995.С.98.

Более подробно остановимся на определении понятия гражданско-правовой ответственности, данном О. C. Иоффе, на наш взгляд, это определение наиболее оптимальным образом отражает сущность раскрываемого понятия (Иоффе О. C. Обязательственное право. М.1975.С.97).

Иоффе О. С. утверждал, что гражданско-правовая ответственность **есть санкция за правонарушение**, вызывающая для нарушителя отрицательные последствия в виде лишения субъективных гражданских прав либо возложения новых или дополнительных гражданско-правовых обязанностей.

Необходимо также выделить некоторые **специфические черты (особенности)** гражданско-правовой ответственности, позволяющие отграничить ее от иных видов юридической ответственности и подчеркивающие ее гражданско-правовой характер.

Даже в тех случаях, когда допущенное правонарушение затрагивает личные неимущественные права или причиняет потерпевшему лицу-субъекту нарушенного гражданского права физические или нравственные страдания (**моральный вред**), применение гражданско-правовой ответственности будет означать присуждение потерпевшему лицу соответствующей **денежной компенсации** в форме возмещения **убытков, морального вреда или взыскания причиненного имущественного ущерба**.

Во-вторых, ответственность по гражданскому праву представляет собой ответственность одного участника гражданско-правовых отношений перед другим, **ответственность правонарушителя перед потерпевшим,** а не ответственность правонарушителя перед государством.

Это связано с тем, что гражданское право регулирует отношения, складывающиеся между равноправными и независимыми (автономными) субъектами (гражданами и юридическими лицами).

В имущественном обороте нарушение обязанностей одним участником всегда влечет за собой нарушение прав другого участника.

Поэтому имущественная санкция, применяемая за допущенное нарушение, всегда имеет своей **целью восстановление** или **компенсацию нарушенного права** потерпевшего (Гришин Д. Об исполнении обязательств в натуре: поиск оптимальных решений. / Хозяйство и право. 2000. N5).

В-третьих, одна из основных особенностей гражданско-правовой ответственности состоит в соответствии **размера ответственности размеру причиненного вреда** или **убытков**.

В известной мере можно говорить о  **пределах** гражданско-правовой ответственности, которые предопределяются ее **компенсационным характером** и вследствие этого необходимостью эквивалентного возмещения потерпевшему причиненного ему вреда или убытков, ибо конечная **цель** применения гражданско-правовой **ответственности** состоит в **восстановлении имущественной сферы** потерпевшей стороны.

В-четвертых, особенностью гражданско-правовой ответственности является применение **равных** по объему **мер ответственности** к различным участникам имущественного оборота за **однотипные правонарушения**.

Указанная особенность продиктована необходимостью обеспечения последовательного проведения **принципа равноправия** участников гражданско-правовых отношений (Жарский А. Присуждение к исполнению обязанностей в натуре как способ защиты при нарушении договора /Хозяйство и право. N 7. 2002).

Если же из существа правоотношения следует необходимость ограничения ответственности, Гражданский кодекс КР вводит такие ограничения применительно к отдельным видам обязательств в равной степени в отношении обеих сторон соответствующего обязательства, а не применительно к отдельным категориям субъектов, как это имело место ранее.

В отдельных случаях ГК КР отходит от принципа равной ответственности участников имущественного оборота (Антимонов Б.С. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. Автореферат докт.дисс. М. 1951. c.71).

Однако, это объясняется необходимостью обеспечения **защиты слабой стороны** в гражданско-правовых отношениях либо более жесткими требованиями к лицу, исполняющему обязательство при осуществлении предпринимательской деятельности. Выявление сущности понятия гражданско-правовой ответственности делает необходимым четко отграничить это понятие от иных категорий гражданского права, которые, так же как и ответственность, применяются в связи с имеющим место нарушением субъективных гражданских прав, и нередко в качестве последствий такого нарушения.

Гражданский кодекс КР называет в качестве последствий допущенных нарушений внедоговорных обязательств не только меры имущественной ответственности (возмещение убытков), но и последствия иного рода.

Некоторые из них могут быть отнесены к числу **мер, понуждающих** нарушителя к **надлежащему исполнению** обязательств:

-устранение недостатков в товаре или в результате выполненной работы;

-возмещение расходов, понесенных контрагентом на их устранение;

-замена недоброкачественных товаров.

Другие представляют собой **меры оперативного воздействия**, то есть право потерпевшей стороны на **односторонние действия**, которые порождают **юридические последствия**:

-отказ от товаров;

-отказ от исполнения договора, что равносильно его одностороннему расторжению.

О. С. Иоффе отмечал, что понуждение к реальному исполнению обязательств нельзя считать мерой ответственности. Обязанность реального исполнения вытекает непосредственно из самого обязательства (Обязательственное право. М. 1975. с.236).

Ответственность же всегда составляет определенный вид имущественных или личных отношений, она должна выражаться в каком-либо **дополнительном бремени**, тем самым, вызывая для нарушителя определенные **отрицательные последствия**.

**Конкретными видами таких последствий** могут быть:

-замена неисполненной обязанности новой (например, обязанностью возместить вред);

-присоединение к нарушенной обязанности дополнительной (например, обязанности помимо исполнения нарушенного договора возместить причиненные неисполнением убытки);

-лишение права, из которого вытекала нарушенная обязанность (например, при судебном изъятии в доход государства жилого строения, когда собственник не выполняет обязанности по его ремонту) (Попов А. Обстоятельства, влияющие на ограничение и уменьшение размера имущественной ответственности предпринимателя /Право и экономика.2001.N2).

Необходимо отметить, что ничем не ограниченное применение к обязательствам мер, понуждающих должника к исполнению обязанности в натуре, не соответствовало новым условиям имущественного оборота.

**Принцип реального исполнения** обязательств был уместен в условиях жесткого централизованного планирования производства и распределения материальных ценностей, а также монополизированного имущественного оборота, когда субъекты хозяйствования могли добиться надлежащего материально-технического обеспечения производства лишь на основе фондовых извещений (плановых прикреплений поставщика к покупателю).

В современных рыночных условиях, когда участники имущественного оборота располагают реальной возможностью выбора контрагента, поставщика или покупателя товаров, неограниченное применение принципа реального исполнения обязательств, стало невозможным.

Подобная практика не учитывала интересы сторон, отнимала у должника всякую надежду "откупиться" от кредитора путем возмещения понесенных им убытков, не вела к мировым соглашениям.

Поэтому можно говорить о сохранении лишь некоторых элементов принципа реального исполнения гражданско-правовых обязательств в настоящее время.

Как известно, нарушение гражданских прав, возникших из обязательства, может иметь место в виде неисполнения обязательства либо его ненадлежащего исполнения.

В настоящее время характер нарушения обязательства (неисполнение или ненадлежащее исполнение) нередко предопределяет выбор кредитором способа защиты нарушенного права.

Во-первых, если возмещение убытков вызваны ненадлежащим исполнением обязательства, должник не освобождается от исполнения обязательства в натуре (ст.299 ГК).

Следовательно, обязательство продолжает существовать в прежнем виде, а кредитор сохраняет за собой право требовать от должника не только исполнения обязательства в натуре, но и возмещения убытков в отношении последующих периодов.

В данном случае, как и по прежнему законодательству, мы исходим из принципа реального исполнения взятого обязательства (ст. 299 ГК).

Во-вторых, если возмещение убытков вызваны неисполнением обязательства, должник освобождается от исполнения обязательства в натуре. Естественно, потери кредитора должны быть в полной мере компенсированы путем возмещения убытков. Очевидно, что обязательство прекращает свое действие, и кредитор лишается возможности предъявлять какие-либо требования к должнику.

В. П. Грибанов отмечал, что наряду с гражданско-правовой ответственностью гражданскому праву свойственны и **иные формы** и **способы воздействия** на поведение людей.

Например, **меры оперативного воздействия**, государственно- принудительные меры превентивного и регулятивного характера, которые не могут быть отождествлены с юридической ответственностью, поскольку не отвечают признакам ответственности

Б. И. Пугинский отмечает, что **меры оперативного воздействия** существенно отличаются от ответственности в общепринятом понимании этого термина, имеют иную природу. “Применение оперативных мер, как правило, не создает для сторон нового, дополнительного к нарушенному, правоотношения. Принятие таких мер предполагает наличие договора между сторонами, тогда как имущественная ответственность может наступать независимо от существования указанных отношений" (Пугинский Б. И. Гражданско-правовые средства в хозяйственных отношениях, М.1984. С.143-144).

 По выражению некоторых авторов, ответственность по возмещению вреда может выполнять свою превентивную роль лишь при условии, если возмещение вреда уменьшит имущество или доход лица, отвечающего за вред.

 **Цель гражданско-правовой ответственности состоит в восстановлении нарушенного имущественного состояния лица за счет имущества правонарушителя или лица, ответственного за правонарушение другого (например, законных представителей за правонарушения несовершеннолетних, недееспособных).**

 Содержание термина “возмещение вреда“ определяется понятием самого вреда. **Если вред–это уменьшение или уничтожение какого-либо блага, то целью возмещения является восстановление нарушенного, то есть, приведение нарушенного блага в то состояние, в котором оно находилось до нарушения (односторонняя или двусторонняя реституция)**.

 Когда речь идет о вреде моральном, нельзя устанавливать требования полного возмещения. Присуждение денежного эквивалента, способного устранить имущественный ущерб, не в состоянии устранить вред моральный.

**Виды гражданско-правовой ответственности**

В юридической науке принято дифференцировать гражданско - правовую ответственность на различные виды. При этом критерии могут быть избраны в зависимости от целей такой дифференциации.

Остановимся на двух **критериях**, позволяющих выделить основные виды гражданско-правовой ответственности:

-**основании возникновения ответственности (юридическом факте)**;

-**характере распределения ответственности** между несколькими нарушителями.

1. В зависимости от основания возникновения ответственности различают **договорную** и **внедоговорную ответственность**.

**Под договорной ответственностью** принято понимать ответственность, наступающую в случаях неисполнения и ненадлежащего исполнения обязательства, возникшего из договора (Брагинский М. И. , Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М.1997. С.503).

Согласно ст.358 ГК КР договорная ответственность выражена следующим образом: " Должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства".

Согласно ст.359 ГК КР - "Если за неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства установлена неустойка, то убытки возмещаются:

- в части (то есть в соотношении убытков и неустойки), не покрытой неустойкой (**зачетная неустойка**);

-когда допускается взыскание только неустойки, но не убытков (**исключительная неустойка**);

-когда убытки могут быть взысканы в полной сумме сверх неустойки (**штрафная неустойка)**;

-когда по выбору кредитора могут быть взысканы либо неустойка либо убытки (**альтернативная неустойка**)".

Нарушение обязательства, возникшего не из договора, а по другим основаниям, влечет **внедоговорную ответственность**.

Такая ответственность применяется, в частности, в случаях:

- причинения вреда личности или имуществу гражданина либо имуществу юридического лица, когда вред подлежит возмещению в полном объеме лицом, причинившим вред (ст.993 ГК КР);

- вследствие неосновательного приобретения или сбережения имущества за счет другого лица (ст.1029 ГК КР), и в некоторых других случаях.

Несмотря на то, что как обязательства из причинения вреда, так и обязательства из неосновательного обогащения могут возникнуть в связи с договором, основанием для применения ответственности все же является не нарушение договорных обязательств, а соответствующие **факты причинения вреда** либо **неосновательного приобретения или сбережения** чужого имущества.

Основное же различие между договорной и внедоговорной ответственностью, как принято считать, состоит в том, что договорная ответственность наступает в случаях не только предусмотренных законом, как это имеет место при внедоговорной ответственности, но и сторонами при **заключении договора**.

При **заключении договора** стороны вправе не только повысить ответственность в сравнении с той, что установлена законом, или понизить ее размер (в случае, если ответственность определена диспозитивной нормой), но и установить меры ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение договорных обязательств в дополнение к уже определенным законом.

О. C. Иоффе подчеркивал, что "внедоговорная ответственность осуществляется путем установления между сторонами особого обязательства по возмещению причиненного вреда. Напротив, договорная ответственность особого обязательства не порождает и осуществляется путем присоединения к существующему между сторонами обязательству новой обязанности нарушителя (по возмещению убытков, уплате штрафов и т.п.)" (Иоффе О. C. , Толстой Ю. К. Новый ГК РСФСР. Л. 1965. С.231).

Особого рассмотрения заслуживает такой вид ответственности, как возмещение **морального вреда**, в том числе и в случае нарушения обязательства, возникшего из договора.

Необходимо определить, к какому виду гражданско-правовой ответственности относится возмещение морального вреда? Если гражданину причинен моральный вред (**физические или нравственные страдания)** действиями, нарушающими его личные неимущественные права либо посягающими на принадлежащие гражданину другие нематериальные блага, а также в других случаях, предусмотренных законом, суд может возложить на нарушителя обязанность **денежной компенсации** указанного вреда.

При этом суд должен учитывать также степень физических и нравственных страданий, связанных с индивидуальными особенностями лица, которому причинен вред (ст.16 ГК).

Субъектом права требования возмещения морального вреда может признаваться **исключительно гражданин** как физическое лицо, ибо только физическое лицо может испытать физические и нравственные страдания **(моральный вред)**.

В этом смысле сохранение практики судов общей юрисдикции по возмещению **морального вреда** в пользу юридических лиц предоставляется недоразумением, вызванным сугубо формальным применением ГК, предусматривающим, что правила о защите деловой репутации гражданина (включающие и возмещение морального вреда) соответственно применяются к защите деловой репутации юридического лица (Брагинский М. И. , Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М.1997. С.505).

Следовательно, ответственность в виде возмещения морального вреда не может возникнуть из договорного обязательства. Основанием такой ответственности является факт причинения гражданину физических или нравственных страданий.

Размер компенсации морального вреда устанавливается судом и не может быть предусмотрен сторонами в договоре (Эрделевский А.М. Критерии и метод оценки размера компенсации морального вреда/Гос-во и право.1997. N4; Эрделевский А.М. Проблемы компенсации морального вреда в зарубежном и российском законодательстве и судебной практике /Гос-во и право.1997.N10.; Рубанов А.Международные вопросы ускоренного возмещения гражданско-правового договорного вреда/Гос-во и право.2000.N8.; Скловский К. О возмещении вреда, причиненного в результате террористической акции /Хоз-во и право.2003.N6.; Григорович Е. Гражданско-правовая ответственность при использовании искусственных методов репродукции /Юрист.1999.N10).

Изложенное свидетельствует о том, что возмещение морального вреда гражданину следует признать **разновидностью внедоговорной ответственности**.

Основания и размер компенсации определяются правилами главы 51 Гражданского кодекса Кыргызской Республики (ст.ст.1027,1028).

Ущерб может быть нанесен в результате случайного стечения обстоятельств, чьей-то оплошности, некомпетентности, в результате злого умысла, неподконтрольностью природных сил и т.п.

Причины могут быть разными, поэтому возникает необходимость определения:

-**субъекта ответственности** за последствия такого ущерба;

-ответственность несет непосредственный **причинитель вреда** или **третье лицо,** ответственное за **действия непосредственного причинителя** вреда;

-**объем ответственности**;

-**основания для освобождения** от ответственности.

Если в качестве критерия выделения различных видов ответственности по гражданско-правовым обязательствам взять характер распределения ответственности между несколькими лицами, необходимо различать долевую, солидарную и субсидиарную ответственность.

Для тех случаев, когда имеет место обязательство с **множественностью лиц**, то есть в обязательстве участвуют **несколько кредиторов** или **несколько должников**, общим правилом является положение о **долевом характере** этих обязательств и о **долевой ответственности** за их нарушение.

Иными словами, каждый должник обязан исполнить обязательство в своей доле.

**Солидарные обязательства** (солидарная обязанность, солидарное требование, солидарная ответственность) являются исключением из этого общего правила.

Однако, именно солидарное обязательство и особенно солидарная ответственность должников в максимальной степени обеспечивают защиту прав кредиторов.

Например, лица, **совместно причинившие вред,** несут перед потерпевшим солидарную ответственность (ст.1008 ГК).

В отношении солидарных обязательств ГК КР обеспечивает дифференцированное регулирование в зависимости от того, связано ли солидарное обязательство с осуществлением предпринимательской деятельности.

В обычных случаях солидарная обязанность (ответственность) или солидарное требование возникают только в тех случаях, когда это прямо установлено законом, в частности при **неделимости предмета обязательства**.

Если же речь идет о множественности лиц в обязательстве, связанном с предпринимательской деятельностью, предполагается, что как обязанность нескольких должников, так и требования нескольких кредиторов в таком обязательстве являются солидарными.

Иное может быть предусмотрено законом, иными правовыми актами или условиями обязательства.

По своей сути солидарная обязанность (ответственность) должников строится по принципу "один за всех". Кредитор вправе **требовать исполнения** как от всех должников совместно, так и от каждого в отдельности, притом как полностью, так и в части долга.

В случаях, предусмотренных законодательством, кредитор вправе защищать свое нарушенное право путем предъявления своих требований не только к самому должнику, но и к другому лицу, не являющемуся стороной в этом обязательстве.

Речь идет о несколько усложненной, по сравнению с обычной, конструкции ответственности, которая именуется  **субсидиарной ответственностью.** Практический смысл норм такого рода ответственности состоит в более надежной защите прав и законных интересов кредиторов (ст.364 ГК).

**Субсидиарная ответственность**, то есть ответственность дополнительно к ответственности другого лица - основного должника, применяется во многих случаях, предусмотренных законодательством.

Например, субсидиарную ответственность несут законные представители за действия несовершеннолетних в обязательствах из причинения вреда (родители, усыновители, опекуны).

Необходимым условием применения субсидиарной ответственности является предварительное обращение с соответствующим требованием к основному должнику, нарушившему обязательство.

Отказ основного должника от удовлетворения этого требования либо неполучение от него ответа дают основание кредитору предъявить соответствующее требование лицу, на которое возложена субсидиарная ответственность.

От субсидиарной ответственности необходимо отличать ответственность должника за действия третьих лиц.

Предусмотрено, что исполнение обязательства может быть возложено должником на третье лицо, если из закона, иных правовых актов, условий обязательства или его существа не вытекает обязанность должника исполнить обязательство лично.

В этом случае кредитор обязан принять исполнение, предложенное за должника третьим лицом.

**Формы и условия имущественной ответственности**

В отношении форм (мер) гражданско-правовой, и в частности, внедоговорной, ответственности, то есть форм выражения неблагоприятных последствий в имущественной сфере нарушителя, которые являются следствием допущенного им правонарушения, в юридической литературе высказаны позиции, которые не отличаются определенностью.

В гражданском законодательстве имеются различные формы ответственности:

-ответственность может наступать в форме **возмещения убытков (**ст.14); **уплаты неустойки** (ст.320); потери задатка (ст.354) и т.д.

Иоффе О.C. считает, что к мерам ответственности за нарушение обязательства относятся не только **возмещение** **убытков** и уплата неустойки, но и "потеря задатка и различные санкции, применяемые в обязательствах отдельных видов».

Среди этих форм гражданско-правовой ответственности особое место занимает **возмещение убытков**. Поскольку возмещение убытков можно применять во всех случаях нарушения гражданских прав, за некоторыми исключениями, предусмотренными законом или договором, эту форму называют общей мерой гражданско-правовой ответственности.

Другие же формы именуются специальными мерами гражданско-правовой ответственности, так как они применяются лишь в случаях, специально предусмотренных законом или договором для соответствующего вида гражданского правонарушения.

Более категоричен Б. И. Пугинский, который полагает, что **меры имущественной ответственности** могут быть подразделены на:

1.возмещение убытков;

2.неустойку (штраф или пеню);

3.меры конфискационного характера;

4.отдельные нетипичные меры ответственности".

**К конфискационным мерам** он относит:

-конфискацию;

-имущественную санкцию в виде обращения в доход государства полученного или причитавшегося по сделке, совершенной с целью, заведомо противной интересам государства и общества;

-безвозмездное изъятие бесхозяйственно содержащегося имущества и некоторые другие (Пугинский Б.И. Гражданско-правовые средства в хозяйственной деятельности. С.137).

Как видно, все изложенные позиции объединяет одна общая черта: к числу форм (мер) гражданско-правовой ответственности бесспорно относятся **возмещение убытков** и **взыскание (уплата) неустойки**.

На наш взгляд, нет никаких оснований выделять в качестве самостоятельной меры имущественной ответственности потерю задатка, хотя потеря задатка, также как и обязанность уплатить двойную сумму задатка, является штрафом (законной неустойкой), по нашему мнению.

Что касается отнесения к числу самостоятельных мер имущественной ответственности так называемых "конфискационных санкций", то представляется, что применение подобных мер выходит за пределы ответственности по гражданско-правовому обязательству, так как является ответственностью участников имущественного оборота не перед потерпевшей стороной, а перед государством за нарушение требований публичного порядка.

Таким образом, формами гражданско-правовой ответственности по гражданско-правовому обязательству могут быть признаны лишь **возмещение убытков** и **взыскание неустойки.**

Кроме того, по денежному обязательству взыскание неустойки заменяется другой самостоятельной формой ответственности-взиманием процентов годовых за неисполнение (просрочку исполнения) денежного обязательства.

**Условия и порядок возмещения убытков**

**Общей формой ответственности по имущественным обязательствам является возмещение убытков.**

Согласно ст.358 ГК КР: “Должник обязан возместить кредитору убытки, причиненные неисполнением или ненадлежащим исполнением обязательства".

Этим возмещение убытков отличается от иных мер имущественной ответственности, которые применяются лишь в случаях, предусмотренных законом или договором.

Понятие **"убытки"** необходимо отличать от категорий **"вред"** и **"ущерб"**, обычно употребляемых, во-первых, для обозначения одного из условий гражданско-правовой ответственности либо одного из элементов состава гражданского правонарушения и во-вторых, при анализе правоотношений, связанных с внедоговорными обязательствами.

Правильным представляется утверждение О. С. Иоффе о том, что убытки- самостоятельное понятие по отношению к понятию вреда, применяется ли последнее в вещественном или социальном смысле (Иоффе О. С. Указ. соч.С.103).

Поэтому представляется ошибочным определять убытки через категорию вреда (ущерба).

Четкое разграничение понятий "убытки" и "ущерб" присуще Гражданскому кодексу Кыргызской Республики. Как известно, **реальный ущерб** рассматривается как одна из **составных частей убытков**.

В каком-либо ином значении понятие "ущерб" в Кодексе практически не используется. Что касается понятия "вред", то сфера его применения ограничивается нормами о внедоговорных обязательствах.

Если же речь идет о вреде как условии ответственности, то Кодекс предпочитает говорить о последствиях нарушения обязательства.

Традиционным для гражданского права является **принцип полного возмещения убытков.**

 Согласно ст.14 ГК КР: " Лицо, право которого нарушено, может требовать полного возмещения причиненных ему убытков, если законом или договором не предусмотрено возмещение убытков в меньшем размере".

**При этом под убытками разумеются расходы:**

**-которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб);**

**-а также неполученные доходы (неполученная прибыль), которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено.**

Применение принципа полного возмещения **убытков** диктуется необходимостью **восстановить права потерпевшей стороны** в обязательстве.

Итак, смысл возмещения **убытков** заключается в том, что в результате имущество кредитора должно оказаться в том положении, в каком оно находилось бы в случае, если бы должник исполнил обязательство надлежащим образом.

Очевиден и следующий вывод: возмещение кредитору должно быть адекватным, позволяющим поставить его в соответствующее положение. При возмещении убытков кредитор не должен получить ничего лишнего, выходящего за пределы необходимого, что позволяет восстановить его нарушенное право.

Данная проблема должна решаться путем детального регулирования порядка и способов определения размера убытков и их доказывания.

Этим целям подчинены нормы ГК КР, регламентирующие цены на товары, работы и услуги, используемые для исчисления убытков в привязке к месту и времени исполнения обязательства; соотношение размера убытков и неустойки; соотношение размера убытков и процентов за пользование чужими денежными средствами.

В состав реального ущерба входят не только фактически понесенные расходы, но и расходы, которые это лицо должно будет произвести для восстановления нарушенного права. Необходимость таких расходов и их предполагаемый размер должны быть подтверждены обоснованным расчетом, доказательствами. Что касается размера упущенной выгоды, то он определяется с учетом разумных трат.

В правовом регулировании анализируемых отношений явно недостает общей нормы, определяющей пределы размера взыскиваемых убытков.

Такую роль в настоящее время призваны выполнять положения ГК КР об обязательствах вследствие неосновательного обогащения.

Согласно ст.1029 ГК КР, лицо, которое без установленных законом, иными правовыми актами или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (неосновательное обогащение).

Очевидно, что кредитор, требующий в размере, далеко выходящем за пределы того, который необходим, может оказаться в положении приобретателя по обязательству вследствие неосновательного обогащения

Данное обстоятельство может служить для суда достаточным основанием для отказа кредитору в иске о возмещении убытков в части, составляющей неосновательное обогащение. Другая возможность у суда -применение положений о злоупотреблении правом.

Кредитор, предъявляющий должнику требование о возмещении убытков в размере, превышающем разумные пределы, может быть признан лицом, злоупотребляющим правом (в соответствующей части).

Это также может помочь суду обеспечить возмещение убытков в справедливом размере. Однако оба этих варианта требуют от суда, рассматривающего спор, тонкого анализа спорных правоотношений и весьма серьезной мотивировки решения об отказе кредитору в возмещении части убытков (Вилесова О.,Казакова А. Некоторые вопросы обращения взыскания на имущество организации-должника в рамках исполнительного производства /Приложение к журналу “Хозяйство и право”. N 2. 2001).

Другой стороной проблемы справедливого возмещения убытков является вопрос доказывания кредитором не только факта наличия убытков, вызванных неисполнением или ненадлежащим исполнением, но и их размера.

Как ранее отмечалось, состав убытков, подлежащих возмещению кредитору в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства, традиционно состоит из **реального (действительного, положительного) ущерба** и **упущенной выгоды (неполученных доходов)**.

Однако в ГК КР появились две новые новеллы, на которые нам необходимо обратить внимание при исследовании проблемы.

Во-первых, в **составе реального ущерба** подлежат возмещению кредитору не только фактически понесенные им расходы, но и расходы, которые он должен будет произвести для восстановления нарушенного права. Во-вторых, Кодекс определил **минимальный предел размера упущенной выгоды** в случае, когда должник, нарушивший обязательство, получил вследствие этого доходы.

Размер упущенной выгоды не может быть меньшим, чем доходы, полученные нарушителем, а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

Данное положение **обеспечивает действие принципа**, в соответствие с которым никто не может получать выгоду от нарушения права, а также существенно облегчает процесс доказывания размера подлежащих возмещению убытков (Евтеев В. О разработке методик возмещения убытков / Юрист. N 3. 2000).

Следовательно, под убытками понимаются расходы, которые лицо, чье право нарушено, произвело или должно будет произвести для восстановления нарушенного права, утрата или повреждение его имущества (реальный ущерб), а также неполученные доходы, которые это лицо получило бы при обычных условиях гражданского оборота, если бы его право не было нарушено (упущенная выгода).

1. **Обязательства, возникающие вследствие причинения вреда:**

**общие положения**

В основе обязательств из причинения вреда лежит гражданское правонарушение-**деликт (delictum).** Отсюда эти обязательства называют **деликтными.** **Правонарушитель**, причинитель вреда, именуется **деликвентом**.

Одно и то же действие (бездействие) может быть одновременно:

- уголовным преступлением;

- гражданским правонарушением (деликтом);

- нарушением договора.

 **Например**, охранник стреляет в своего подопечного, не убивает, но причиняет вред его здоровью, имуществу (гражданский иск в уголовном деле).

 В гражданском праве законом установлено, что потерпевший вправе прибегнуть к деликтному иску в случаях причинения вреда:

-жизни или здоровью гражданина при исполнении договора;

-жизни, здоровью или имуществу подаренной вещью;

-жизни, здоровью или имуществу недостатками купленной вещи, оказанными услугами, работой.

**Система гражданских правонарушений**:

- состоит из генерального деликта (понятие правонарушения формулируется широко охватывает все (почти) случаи причинения вреда) и

- специальных деликтов (понятие правонарушения формулируется узко-применительно к конкретным составам правонарушений). Например, вред причиненный источником повышенной опасности (ст. 1007 ГК КР).

**Систему обязательств из причинения вреда образуют**:

-ответственность за вред, причиненный актами власти;

-ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности;

-ответственность за вред, причиненный несовершеннолетними и недееспособными лицами;

-ответственность за вред, причиненный жизни или здоровью гражданина;

-ответственность за вред, причиненный вследствие недостатков товаров, работ, услуг;

-ответственность за моральный вред.

Субъектный состав обязательства из причинения вреда может претерпеть **существенные изменения.** Так:

-страховщик заступает место кредитора по отношению к должнику, ответственному за наступление страхового случая (суброгация);

-при регрессе должник в основном обязательстве становится в регрессном обязательстве кредитором;

-замена кредитора и должника может иметь место при наследственном правопреемстве;

-если вред причинен несовершеннолетними, то организации и лица, на которых возлагается ответственность за их действия, несут перед потерпевшим ответственность в долевом отношении.

 Таковы общие правила по деликтам, о которых не следует забывать при рассмотрении конкретных случаев возникновения обязательств из причинения вреда.

 А теперь перейдем к теоретическим положениям деликтного права.

**Деликтные обязательства основаны на нормах объективного права**. Они возникают при наличии предусмотренных в законе условиях (основаниях) возникновения деликтных обязательств.

 Обязательство из причинения вреда - это внедоговорное обязательство, возникшее вследствие нарушения имущественных и личных неимущественных прав потерпевшего и призванное обеспечить восстановление этих прав за счет причинителя вреда либо за счет иных лиц, на которых законом возложена такая обязанность (Голованов Н.М. Обязательственное право. С-Петербург. Питер. 2002. C.351).

**Признаки обязательства из причинения вреда**:

-сфера действия распространяется как на имущественные, так и на личные неимущественные отношения;

-основанием ответственности является действие лица, причиняющее вред личности или имуществу другого лица;

-возникают в результате нарушения прав, носящих абсолютный характер;

-обязательства носят внедоговорной характер (поскольку нарушено абсолютное право);

-обязательство направлено на полное возмещение потерпевшему причиненного вреда, возмещается также моральный ущерб;

-обязанность возмещения вреда может быть возложена не только на причинителя вреда, но и на иных лиц;

-условия и размер ответственности определяется законом (императивные нормы), а не соглашением сторон (стороны могут только увеличить, но не уменьшить возмещение вреда).

**Элементами деликтного обязательства являются:**

-**стороны** (кредитор и должник**);**

-**содержание** (права и обязанности сторон);

-**предмет** (действия должника, обеспечивающие наиболее полное восстановление материальных и личных нематериальных благ кредитора, которым причинен вред).

На протяжении многих лет в юридической науке господствовало мнение, согласно которому необходимым основанием гражданско-правовой ответственности признавался некий "состав гражданского правонарушения".

Особую точку зрения в отношении структуры состава правонарушения и входящих в него элементов имеет С. С. Алексеев, который сформулировал свою позицию следующим образом: "Если классифицировать общие признаки состава гражданского правонарушения, единые как для "договорной", так и для "внедоговорной" ответственности, то их следует распределить по трем сторонам состава: 1)объект, 2)субъект, 3)объективная сторона (объективированный вредоносный результат, противоправность, причинная связь)" (Алексеев С. С. Гражданская ответственность за невыполнение плана железнодорожной перевозки. М.1959.С.49).

Нетрудно заметить, что своим происхождением учение о **основании гражданско-правовой ответственности** (о составе гражданских правонарушений) целиком и полностью обязано уголовному праву.

По мнению М. И. Брагинского и В. В. Витрянского, **основанием гражданско-правовой ответственности** (единственным и общим) является нарушение субъективных гражданских прав, как имущественных, так и личных неимущественных, поскольку гражданско-правовая ответственность представляет собой ответственность одного участника имущественного оборота перед другим, ответственность нарушителя перед потерпевшим, ее общей целью является восстановление нарушенного права на основе принципа соответствия размера ответственности размеру причиненного вреда или убытков (Там же., C.569).

При применении гражданско-правовой ответственности не имеют никакого правового значения "вредоносные последствия" с точки зрения негативного влияния допущенного нарушения гражданских прав на общественные интересы (впрочем, как и сами общественные интересы), "объективная" и "субъективные" стороны гражданского правонарушения.

Таким образом, по мнению указанных авторов, нарушение права субъекта гражданских правонарушений влечет необходимость восстановления нарушенного права, в том числе и путем применения гражданско-правовой ответственности. Отсюда основанием такой ответственности и является само нарушение субъективного гражданского права.

Применительно к отдельным видам нарушенных субъективных гражданских прав, а также субъектам, допустившим их нарушение, законодатель сформулировал обязательные общие требования, соблюдение которых необходимо для применения гражданско-правовой ответственности.

Такие установленные законом требования являются **условиями (основаниями) гражданско-правовой ответственности.**

К их числу относятся:

-**противоправность нарушения субъективных гражданских прав;**

**-наличие убытков (вреда), т.е. нарушение или умаление какого-либо имущественного права или нематериального блага;**

**-причинная связь между нарушением субъективных гражданских прав и убытками (вредом);**

**-вина нарушителя (умысел или неосторожность).**

В тех случаях, когда обязанность возмещения вреда является мерой ответственности, в ее основе лежит состав правонарушения (полный или усеченный).

**Полный состав правонарушения** - вред, вина, противоправность, причинная связь.

**Усеченный состав правонарушения** - вред, причинная связь или вред, противоправность, причинная связь. Усеченный состав правонарушения характеризуется тем, что в нем (в составе) отсутствует какое-либо из условий возникновения обязательства за причинение вреда.

Если обязанность возмещения вреда не относится к мерам гражданко-правовой ответственности, то в основе ее возникновения лежат другие условия, которые состава правонарушения не образуют (вред причинен действиями несовершеннолетних, недееспособных лиц; вред причинен в состоянии крайней необходимости).

**Признаки ответственности** по обязательствам вследствие причинения вреда:

- основанием ответственности является действие лица, причиняющее вред личности или имуществу другого лица;

- причинитель вреда и потерпевший не состоят друг с другом в договорных отношениях либо состоят, но вред причинен в результате действий, не связанных с исполнением договорных обязательств;

- в случаях, предусмотренных законом, по правилам об обязательствах вследствие причинения вреда возмещается вред, вызванный нарушением договорных обязательств;

- условия и размер ответственности за причинение вреда определяются только законом и не могут быть изменены соглашением сторон. Таким соглашением допускается лишь установление обязанности причинителя вреда выплатить потерпевшему дополнительную компенсацию сверх возмещения вреда.

**Цель гражданско-правовой ответственности** **состоит в восстановлении нарушенного имущественного состояния лица (потерпевшего) за счет имущества правонарушителя или лица, ответственного за правонарушение другого (например, законных представителей за действия несовершеннолетних, недееспособных).**

Это главная социальная ценность деликтных обязательств (compensatio - возмещение).

Ответственность выполняет наряду с восстановительной (компенсационной) предупредительную и репрессивную функции, поскольку правонарушитель терпит невыгодные имущественные последствия своего виновного поведения.

Согласно ст.7 ГК КР причинение вреда – одно из оснований возникновения, изменения и прекращения гражданских прав и обязанностей.

Вредоносный результат может явиться следствием как **действия**, так и **бездействия** (оставление в опасности, неоказание помощи больному, халатность, необеспечение безопасных условий производства, ненадлежащее воспитание и недолжный надзор за несовершеннолетними, недееспособными и т.д.).

Важность выявления особенностей гражданско-правовой ответственности за причинение вреда предопределена тем, что именно в соответствии с нормами о деликтной ответственности определяется **динамика деликтного обязательства**:

- условия ответственности за причинение вреда;

- субъект ответственности;

- объем ответственности;

- основания, освобождающие субъекта от ответственности.

 Различия между договорной и деликтной ответственностью основаны на **различных юридических фактах**, порождающих обязательства из договора и из причинения вреда.

**Договорная ответственность** опирается на относительное правоотношение, существующее между должником и кредитором.

**Деликтной ответственности** не предшествует какая-либо обязанность конкретного лица. Она основывается на **факте совершения неправомерного действия (правонарушения), посягающего на абсолютные права**: право собственности, на жизнь и здоровье граждан.

 Развитие производства приводит к существенному увеличению числа случаев причинения вреда в результате появления ранее неизвестных вредоносных факторов:

- использования новых видов энергии;

- бурный рост вредных отраслей производства;

- развитие новых видов транспорта;

- загрязнение окружающей среды;

- новые источники повышенной опасности;

- недобросовестная конкуренция;

- новые виды медикаментов, операций и т.д.

 В связи с этим появилось обширное законодательство, регламентирующее специальные случаи (специальные деликты) гражданско-правовой ответственности за причинение вреда.

Нормы о деликтной ответственности носит **императивный характер** и не могут быть изменены соглашением сторон.

Ст.1011 ГК КР предусмотрены **особенности учета вины потерпевшего** в деликтных обязательствах:

-причинитель вреда освобождается от обязанности его возместить, если умысел потерпевшего содействовал возникновению вреда;

-при грубой неосторожности потерпевшего, содействовавшей наступлению вреда, размер возмещения должен быть уменьшен либо в возмещении может быть отказано;

-в случае построения ответственности причинителя вреда на принципе вины либо причинения вреда жизни или здоровью гражданина грубая неосторожность потерпевшего может повлечь лишь снижение размера возмещения, но не отказ в нем;

-грубая неосторожность потерпевшего вообще не принимается во внимание при определении размера дополнительных расходов, в которых гражданин нуждается вследствие повреждения здоровья, размера возмещения вследствие утраты кормильца, а также размера возмещения расходов на погребение.

**Возникновение вреда и его особенности**

-вред может быть причинен жизни, здоровью или имуществу лица вследствие нарушения его имущественных или неимущественных прав;

-вред может быть имущественным (уменьшение имущества, расходы на лечение, протезирование и т.п.) или неимущественным (моральным), выражающимся в нравственных или физических страданиях потерпевшего;

-лицо, причинившее имущественный вред, должно возместить его в полной мере. Оно должно возместить его в натуре (отремонтировать вещь, предоставить другую аналогичную вещь) либо возместить причиненные убытки в денежной форме. В этом случае возмещается как реальный действительный ущерб, так и упущенная выгода.

-моральный вред – это нравственные и физические страдания, причиненные действиями (бездействиями), посягающими на принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона нематериальные блага (жизнь, здоровье, достоинство личности, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни, личная и семейная тайна и т.п.) или нарушающими его личные неимущественные права (право на пользование своим именем, право авторства и другие неимущественные права в соответствии с законами об охране прав на результаты интеллектуальной деятельности либо нарушающие имущественные права граждан.

Моральный вред оценивается судом и подлежит компенсации в полной мере в денежной форме.

 Обязательства из причинения вреда охраняют права потерпевшего во всех случаях, когда вред полностью не компенсирован по правилам социального обеспечения и страхования, добровольного или обязательного имущественного или личного страхования.

 Главная социальная ценность обязательств из причинения вреда в возможности компенсировать имущественные потери потерпевших.

**Компенсация** предполагает достижение определенной эквивалентности, то есть предоставление потерпевшему субъекту имущества, равного по товарной стоимости тому, которое он потерял в результате причинения вреда (Донцов Е. Социальная справедливость. М. 1987. c.19).

Обязательство из деликта неумолимо – ущерб должен быть возмещен за счет имущества непосредственного причинителя вреда либо за счет третьго лица, ответственного за правонарушение непосредственного причинителя вреда.

 **Например**, ответственность владельца источника повышенной опасности (автомашины) за автоаварию, совершенную лицом без доверенности на вождение данной автомашины.

 Вред имеет социальный и правовой аспекты. В социальном смысле любое правонарушение влечет за собой вред, поскольку оно отрицательно воздействует на общественные отношения.

В юридическом смысле правонарушение может и не повлечь за собой вред. Вредом в праве является умаление принадлежащего гражданину или организации личного или имущественного блага.

Существуют **понятия “вред “, “ущерб“, “ убыток“**. Вред и ущерб рассматриваются в качестве синонимов. Убыток является денежным выражением вреда или ущерба. Под причиненными убытками имеется в виду денежная оценка того ущерба, который причинен неисправным должником или делинквентом.

**Вред** – неблагоприятные изменения в имуществе (гибель, утрата или повреждение имущества либо неполучение дохода, утрата трудоспособности или дополнительные расходы) потерпевшего.

В зависимости от того, какому конкретному благу причиняется вред – имуществу или личности – будет зависеть стоимостная характеристика вреда.

 **Противоправность действия или бездействия**

 **Противоправность деяния** причинившего вред, что означает нарушение этим действием какой-либо правовой нормы и признание действия неправомерным.

Вред, причиненный в результате правомерных действий подлежит возмещению, если ответственность за такое правомерное действие специально предусмотрена законом.

**Вред, причиненный правомерными действиями, по общему правилу, возмещению не подлежит.** Рассмотрим случаи причинения вреда действиями, признаваемыми правомерными, при соблюдении **критериев правомерности**.

1. Так, не возмещается вред, причиненный в **состоянии необходимой обороны**, то есть в случае защиты личности и прав обороняющегося или других лиц от нападения, охраняемых законом интересов общества или государства от общественно опасного посягательства, если не были превышены пределы необходимой обороны.

**Критерий** – соразмерность защиты и нападения (ст. 995 ГК КР).

Не подлежит возмещению вред, причиненный в состоянии необходимой обороны, если при этом не были превышены пределы необходимой обороны. При необходимой обороне есть защита и нападение, вред причиняется нападавшему, обязательно учитывается есть превышение пределов необходимой обороны или нет.

Превышением считается явное несоответствие защиты от посягательства. Явно несоответствующей посягательству следует считать защиту, осуществленную такими средствами и способами, применение которых не вызывалось ни характером, ни опасностью посягательства, ни реальной обстановки его совершения.

**Основная характеристика необходимой обороны**:

-вред при необходимой обороне вызван неправомерными действиями самого потерпевшего;

-вред не возмещается, если пределы необходимой обороны не превышены;

-источником опасности, угрожающим причинителю вреда или другим лицам, может быть лишь человек;

-вред может быть причинен, по общему правилу, только гражданину, осуществляющему нападение;

-при превышении пределов необходимой обороны вред возмещается лишь самим причинителем вреда, но не третьим лицом, в интересах которого действовал причинитель вреда.

2. Правомерными являются и действия в **состоянии крайней необходимости**, то есть при причинении вреда другому лицу для устранения опасности, угрожающей самому причинителю вреда или другим лицам, если эта опасность при данных обстоятельствах не могла быть устранена другими средствами.

Такой вред подлежит возмещению, однако суд с учетом обстоятельств дела может возложить обязанность по возмещению вреда на третье лицо, в интересах которого действовал причинитель вреда, либо освободить от возмещения вреда полностью или частично как это третье лицо, так и причинителя вреда (ст.996 ГК).

Исключается противоправность вредоносного действия и, как правило, потерпевшим становится третье лицо-жертва случайного стечения обстоятельств.

**Например,** во время туристического похода одному из участников стало плохо из-за сердечного приступа и желая спасти своего друга, другой участник турпохода берет чужую автомашину, везет больного в больницу на большой скорости и разбивает автомашину. Возникает вопрос: такие действия подпадают ли под статью 996 ГК и к кому будет предъявлять исковые требования о возмещении вреда владелец автомашины.

**Основная характеристика крайней необходимости**:

-вред подлежит возмещению;

-источником опасности могут быть граждане, юридические лица, животные, стихийные явления, механизмы и т.д.;

-вред может быть причинен личности, имуществу, интересам граждан, юридических лиц;

-вред может быть причинен и при отсутствии действий со стороны потерпевшего;

-допускается возложение возмещения вреда на третье лицо, в интересах которого действовал причинитель вреда.

При крайней необходимости, как и при необходимой обороне учитывается **принцип соразмерности**. Эти оба случая относятся к **мерам самозащиты своих прав.**

3. Не признаются противоправными и не влекут обязанности возместить причиненный вред действия **лица, выполняющего свои служебные обязанности**, связанные с возможностью причинения вреда. К ним относятся действия работников правоохранительных органов, разного рода инспекций: горных, санитарных, пожарных, таможенных и т.д.

4. Согласно п. 3 ст.993 ГК КР в возмещении вреда может быть отказано, если вред причинен по **просьбе или с согласия потерпевшего**, а действия причинителя вреда не нарушают **нравственные принципы общества.**

Например, попросил друга выбросить на свалку старые вещи. Однако помощь в уходе добровольно из жизни явно противоречит п.3 ст.993 ГК КР и является неправомерным действием.

Вред, причиненный в **результате бездействия**, подлежит возмещению, только если лицо должно было и могло совершить действие по предупреждению возникновения вреда (неоказание помощи больному врачом).

В юридической литературе основанием гражданско-правовой ответственности традиционно признается **правонарушение.** При этом под гражданским правонарушением принято понимать не соответствующие закону действие или бездействие, иногда объединяемые одним термином **"противоправное поведение"**.

По мнению М. И. Брагинского и В. В. Витрянского, применительно к договорной ответственности вряд ли целесообразно сосредотачивать внимание на противоправности поведения нарушителя как обязательном признаке нарушения, влекущего применение гражданско-правовой ответственности (Там же. С.174).

Такой подход ориентирует суды на поиск всякий раз конкретной нормы права, которой не соответствует поведение нарушителя. Достаточно сказать, что любое неисполнение или ненадлежащее исполнение обязательства является a priori нарушением норм права.

Это вытекает из положения, содержащегося в ст.299 ГК КР, согласно которому обязательства должны исполняться **надлежащим образом** в соответствии с условиями обязательства и требованиями закона, иных правовых актов, а при отсутствии таких условий и требований - в соответствии с обычаями делового оборота или иными обычно предъявляемыми требованиями.

Представляется, что условие противоправности относится не к действиям (бездействию) должника, а к самому **нарушению субъективных гражданских прав**.

Закон, по общему правилу, интересует **сам факт нарушения обязательства**, а не то, результатом каких действий должника явилось это нарушение.

Должник отвечает за противоправное нарушение субъективных гражданских прав (применительно к обязательствам - за их неисполнение или ненадлежащее исполнение), а не за гипотетические противоправные действия (бездействия), являющиеся причиной такого нарушения.

Должник может быть освобожден от ответственности, если докажет, что само нарушение субъективных гражданских прав (неисполнение или ненадлежащее исполнение) не носит противоправного характера в силу невозможности исполнения обязательства, которая возникла по обстоятельствам, за которые должник не отвечает, невиновного причинения вреда и т.д.

Таким образом, **противоправность** допущенного нарушения субъективного гражданского права относится к числу необходимых условий гражданско-правовой ответственности.

Противоправность неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства **презюмируется** и не требует никаких доказательств со стороны кредитора.

И только в тех случаях, когда должник ссылается на обстоятельства, свидетельствующие о **невозможности исполнения обязательства** или **отсутствии вины должника** в его нарушении (когда наличие вины требуется по закону), оценка противоправности неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательства приобретает **юридическое значение**.

При этом **бремя доказывания** наличия указанных обстоятельств возлагается на должника (Сергеев В. Форс-мажорные обстоятельства в предпринимательской практике /Право и экономика.2001.N6.; Сивак Т. Страхование договорной ответственности /Право и экономика.2001.N4.

**Причинно-следственная связь**

**Причинная связь** означает часть взаимной объективной связи явлений (так называемая детерминированность) и применительно к причинению вреда обусловливает объективную связь противоправного поведения причинителя вреда с фактическим уменьшением имущества или потерей трудоспособности.

 Лицо, допустившее нарушение субъективного гражданского права, может нести ответственность лишь за последствия, причиненные именно этим нарушением, то есть одним из условий ответственности является наличие **причинной связи** между **нарушением** и **наступившими негативными последствиями**.

Установление причинной связи имеет правовое значение, а сама причинная связь приобретает **характер необходимого условия ответственности** лишь тогда, когда речь идет о возмещении убытков.

Кредитору достаточно подтвердить соответствующими доказательствами лишь сам факт неисполнения или ненадлежащего исполнения должником обязательства. При разрешении конкретных споров о возмещении убытков, причиненных неисполнением либо ненадлежащим исполнением обязательств, проблема установления причинной связи, как правило, не возникает либо трансформируется в проблему доказывания размера убытков.

**Вина как условие ответственности**

Для возложения гражданско-правовой ответственности за причинение вреда, необходимо установление вины в действиях правонарушителя.

**Вина является психическим отношением лица** к совершенному им **действию (бездействию)** и связанному с этим **правовому результату**.

Виновность поведения означает, что причинитель вреда при причинении вреда недолжно (т.е. не в соответствии с требованиями законодательства), сознательно (психически) отнесся к своему поведению, которое он мог или должен был оценивать как противоправное и к противоправному результату своего поведения

Как правило, для гражданско-правовой ответственности причинителя вреда, **форма и степень его вины значения не имеют.** Законом предусмотрены случаи, когда ответственность наступает и **независимо от вины причинителя вреда**.

Так, **например**, по ст.1007 ГК КР ответственность владельца источника повышенной опасности наступает и при отсутствии вины в причинении вреда. Необходимо учитывать и вину потерпевшего и имущественное положение причинителя вреда по ст.1011 ГК КР. Как общее правило необходимым условием для привлечения должника к ответственности за нарушение обязательства является вина должника.

Согласно ст.356 ГК КР, лицо, не исполнившее обязательства либо исполнившее его ненадлежащим образом, несет ответственность при наличии **вины (умысла или неосторожности)**, кроме случаев, когда законом или договором предусмотрены иные основания ответственности.

Действующий Кодекс содержит определение понятия вины, которое выражено следующей формулой: **" Лицо признается невиновным, если при той степени заботливости и осмотрительности, какая от него требовалась по характеру обязательства и условиям оборота, оно приняло все меры для надлежащего исполнения обязательства" (ст.356 ГК).**

В гражданском праве **форма вины** является лишь **основанием ответственности** и поэтому не влияет на ее размер (Попов А. Обстоятельства, влияющие на ограничение и уменьшение размера имущественной ответственности предпринимателя /Право и экономика. N 2. 2001).

Законом или договором могут быть предусмотрены иные условия (помимо вины) ответственности. **Например,** при просрочке должника он несет ответственность за последствия случайно наступившей во время просрочки невозможности исполнения согласно ст.368 ГК КР (Зарандия Т.Просрочка должника и кредитора. С.108).

Бремя доказывания отсутствия своей вины в случаях, когда наличие вины является необходимым основанием ответственности, возлагается на лицо, допустившее нарушение обязательства.

Данное положение раскрывает суть **принципа презумпции вины** должника в гражданско-правовом обязательстве. Однако это не освобождает кредитора, предъявившего требование к должнику, если их спор рассматривается в суде, от необходимости доказать факт нарушения должником обязательства и в соответствующих случаях наличие убытков.

Особенности ответственности лица, не исполнившего или исполнившего ненадлежащим образом обязательство состоит в том, что основанием освобождения его от ответственности за допущенное нарушение может служить лишь невозможность его исполнения вследствие **непреодолимой силы**, согласно ст.356 ГК КР.

 Понятие **"непреодолимая сила"** определяется как чрезвычайные и непреодолимые при данных условиях обстоятельства. К таким обстоятельствам могут быть отнесены различные исключительные и объективно непреодолимые (в соответствующей ситуации) события и явления: наводнение, землетрясение, снежные завалы и иные подобные природные катаклизмы, военные действия, эпидемии и т.п.

Законом или договором могут быть предусмотрены иные основания ответственности или освобождения от нее и в случаях, когда допущено нарушение обязательства при осуществлении предпринимательской деятельности. Однако во всех случаях не допускается заключение заранее соглашения об устранении или ограничении ответственности за умышленное нарушение обязательства. Такое соглашение признается ничтожной сделкой.

При этом не учитывается, что Кодекс содержит четкое определение непреодолимой силы: чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях обстоятельство и, следовательно, не допускает расширительного толкования.

Такой способ определения дополнительных оснований может повлечь для сторон негативные последствия, так как судебные органы могут принять решение о взыскании со стороны убытков, явившихся следствием обстоятельств, находящихся вне их контроля, если они не были предусмотрены перечнем обстоятельств конкретного контракта.

Данный пример свидетельствует о необходимости четкого формулирования условия о дополнительных (к форс-мажорным) обстоятельствам, освобождающих от ответственности, которое не оставляло бы места для иного его толкования.

Современное гражданское право исходит из наличия трех форм вины: умысла, неосторожности и грубой неосторожности.

Вину в **форме грубой неосторожности** практически невозможно отличить от умышленной вины. Для оценки вины не имеют никакого правового значения "психические переживания "должника в связи с правонарушением. Используется абстрактная модель ожидаемого поведения в той или иной ситуации разумного и добросовестного участника имущественного оборота (Скловский К. Применение норм о доброй совести в гражданском праве России / Хозяйство и право.2002. N9).

**3. Ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности**

Общепризнано, что в современном обществе растет количество и мощность источников повышенной опасности. Ст.1007 Гражданского кодекса Кыргызской Республики ограничивается лишь **примерным перечнем** таких источников.

Попытки обозначить некие обобщенные признаки источника повышенной опасности в юридической литературе предпринимались неоднократно, но общепризнанного определения пока нет.

 Несмотря на интенсивное исследование этой проблемы в трудах М.М.Агаркова, Б.С.Антимонова, А.М.Беляковой, О.С.Иоффе, О.А.Красавчикова, А.А.Собчака, Е.А.Флейшиц, А.А.Тер-Акопова и многих других в правовой науке до сих пор не выработаны четкие критерии источника повышенной опасности, нет его определения и в законодательстве (Cм.: Кряжев Е.В. Правовые аспекты безопасной деятельности человека //Правоведение. N 2. 1993).

 В цивилистике просматриваются два подхода к определению источника повышенной опасности, которые обозначаются терминами “**теория объекта**“ и “**теория деятельности**“.

 Традиционная цивилистическая трактовка и перечневый подход, в соответствии с которыми к источникам повышенной опасности относятся различные объекты (вещества, виды флоры и фауны, продукты деятельности человека) или некоторые виды деятельности, узки и не охватывают всего многообразия источников повышенной опасности.

По мнению многих авторов, назрела необходимость выработки определения источника повышенной опасности, которое имело бы общеправовое значение. В принципе любая деятельность человека одновременно и полезна и вредна.

Ученые даже сформулировали “ аксиому потенциальной опасности деятельности человека“, из которой следуют два важнейших вывода:

1) невозможно разработать абсолютно безопасный вид деятельности человека;

2) ни в одном виде деятельности человека не может быть нулевых рисков.

В последнее время выделяются и быстро прогрессируют источники опасности, связанные с техникой – техногенные. По своим вредоносным характеристикам созданная человеком техника не только приблизилась к природным источникам, но и давно опередила их.

Человечество, не удовлетворяясь достигнутым, периодически выпускает из бутылки нового “джина”. Оружие колоссальной разрушительной силы, радиация, загрязнение окружающей среды, СПИД, птичий и свиной грипп… Что еще?

 Появились источники, опасность которых общественным сознанием еще не воспринимается. **Например,** электромагнитное загрязнение, тотальный социально-юридический контроль, компьютерные вирусные эпидемии и т.д.

По мнению Р.О.Халфиной, деликтная ответственность является основанием возникновения обязательства, поэтому правильно говорить не о договорной и деликтной ответственности, а об **ответственности за нарушение существующего обязательства** (на основе договора) и **ответственности за правонарушение как основании возникновения обязательства**. Именно с таких позиций указанным автором и дается анализ ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности (Обязательства из причинения вреда.- М.1980.C.290).

**Понятие источника повышенной опасности**

Статьей 1007 ГК КР предусмотрена ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности, в которой содержится ряд существенных особенностей в регулировании субъектного состава и оснований ответственности.

Источник повышенной опасности не имеет легального определения и в ст.1007 ГК КР не даются признаки источника повышенной опасности (ИПО), с помощью которых можно отнести конкретный объект к данному понятию. Не выработано единого понятия и в науке.

В ст.1007 ГК КР дается такая формулировка: ”Юридические лица и граждане, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих (использование транспортных средств, механизмов, электрической энергии, взрывчатых веществ, сильнодействующих ядов и т.п.; осуществление строительной и иной, связанной с ней деятельностью и др.), обязаны возместить вред, причиненный источником повышенной опасности, если не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего.”

Авторы исследований данной проблемы не без оснований акцентируют внимание на том, что специфическим для ответственности владельца источника повышенной опасности является его обязанность по возмещению вреда **не только в случае его виновности, но и при отсутствии в его действиях вины**.

Момент, безусловно, специфический и заслуживающий внимания. Но, по мнению О.А.Красавчикова, видеть в нем главную и квалифицирующую особенность возмещения указанного вреда все-таки неправильно.

Квалифицирующим признаком для применения ст.1007 ГК является **сам факт причинения вреда источником повышенной опасности**.

Для того, чтобы исследовать данный факт, прежде всего, нужно выяснить **сущность источника** повышенной опасности (Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. – М. 1966. C.5).

Наиболее распространенным в науке гражданского права является мнение, согласно которому источник повышенной опасности представляет собой определенного рода деятельность, создающую повышенную опасность для окружающих, т.е. **“теория деятельности“.**

Так, в частности, М.М. Агарков отмечает: ”Источником повышенной опасности … является не вещь, а определенная деятельность по использованию соответствующих вещей“ (Гражданское право. Часть 1. Юридиздат., 1944. C.339).

Наиболее сильной стороной рассматриваемой концепции является акцентирование внимания на том, что возложение обязанности возместить вред невозможно и недопустимо вне связи с деятельностью владельца источника повышенной опасности.

Однако можно отметить, что сторонники данной точки зрения, фиксируя указанную связь, незаметно поставили знак равенства между поведением (деятельностью) субъектов и различными формами реального проявления повышенной опасности, возникающей в связи с использованием (владением, хранением) определенного рода орудий и средств производства, предметов потребления, т.е. пошли по пути **отождествления действий объектов** по управлению источниками с **функционированием (действием) источника** повышенной опасности.

В результате этого, сама деятельность связанная с повышенной опасностью для окружающих, стала источником указанной опасности. Такое понимание сущности источника повышенной опасности представляется непреемлемым.

 Рассматривая понятие источника повышенной опасности, Б.C. Антимонов высказал соображения о том, что “ возможность причинить повреждение вытекает не из каких-то метафизических неизменных скрытых свойств вещи, а есть результат использования вещи в определенных условиях места и времени” (Антимонов Б.C. Гражданская ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности. Автореф.докт.дисс. – М.1951.C.71).

Е.А.Флейшиц не разделяет подобного взгляда и предлагает такое понимание: ”это свойства вещей или силы природы, которое при достигнутом уровне развития техники не поддаются полностью контролю человека, а не подчиняясь полностью, создают высокую степень вероятности причинения вреда жизни и здоровью человека либо материальным благам.” (Флейшиц Е.А. Обязательства из причинения вреда и из неосновательного обогащения.- М. 1957. C.132).

С такой концепцией “свойств вещей и сил природы“ соглашается и Красавчиков О.А., однако требует исключить понятия “силы природы“, которые не имеют владельца.

Вред, причиненный землетрясением или ударом молнии, не возмещается именно в силу того, что нет причинителя вреда, а следовательно, нет и причинения, хотя и налицо имущественный ущерб.

Так, и “деятельность“ субъектов не обладает как таковая ни повышенными химическими, физическими, гравитационными или иными естественно-научными показателями и поэтому она сама по себе, вне связи с определенными орудиями и средствами производства не может вызывать те или иные реальные изменения в явлениях и предметах материального мира (Красавчиков О.А., там же, C.339).

Эта точка зрения получила свое дальнейшее развитие в исследованиях А.А.Собчака. По его мнению: ”источники повышенной опасности – это сложные материальные объекты, повышенная вредоносность которых проявляется в известной независимости их свойств от человека, что вызывает неподконтрольность ему в достаточно полном объеме самого процесса деятельности, а это, во-первых, создает опасность случайного причинения вреда и, во-вторых, влияет на объем и характер его причинения” (Собчак А.А. Гражданско-правовая ответственность за причинение вреда действием источника повышенной опасности. Автореф. канд. дисс. – Л.1964.C.8).

Такое истолкование существа источника повышенной опасности представляется более приемлемым, по мнению О.А.Красавчикова.

Вместе с тем, он отмечает некоторое тяготение его к концепции “движущих вещей“ и отдельные спорные моменты в данном определении А.А.Собчака (Красавчиков О.А. Возмещение вреда, причиненного источником повышенной опасности. – М., 1966. C.18-20).

Так, по мнению О.А.Красавчикова., во-первых, вряд ли обоснованно именовать источники повышенной опасности сложными материальными объектами. Признак сложности не является специфическим для этих предметов материального мира.

Сложными может быть то или иное техническое сооружение, тот или иной производственный, транспортный и тому подобный агрегат.

Но не всякий источник повышенной опасности обладает сложностью в техническом смысле слова. О какой сложности можно говорить в отношении таких, например, источников повышенной опасности, как дикие животные, бензин, хлопок и т.д. Поэтому признак сложности здесь не причем. Он не помогает уяснить существо исследуемой категории.

Во-вторых, вряд ли целесообразно, по мнению Красавчикова О.А. формулируя характерные признаки источника повышенной опасности, указывать на то, что “повышенная вредоносность“ рассматриваемых источников “проявляется в известной независимости их свойств от человека, что вызывает неподконтрольность ему в достаточно полном объеме самого процесса деятельности“.

Дело в том, что Собчак А.А. отправляется, как считает Красавчиков О.А., от неверных представлений о связи свойств предметов материального мира с их носителями и о том, что же является свойством.

 По мнению Собчака А.А. получается, что в реальной действительности существуют такие свойства предметов, которые могут в известной мере зависеть и в той же мере не зависеть от человека. В действительности это не так.

**Например**, ядовитость, повышенная воспламеняемость и иные химические свойства присущи тем или иным веществам объективно, безотносительно к тому, созданы они руками человека (в процессе производства) или взяты им в “готовом виде“ у природы.

 Или, например, скорость, квалифицируемая Собчаком А.А., вместе с “невозможностью мгновенного торможения“ и “большой массой“ как “свойство“ транспортных средств. Можно отметить, что скорость представляет собой не свойство (качество) предмета, а лишь количественное выражение перемещения предмета в пространстве за единицу времени, так же как и “большая масса“ – количественное выражение объема и веса. Тем более не является таковым свойством “невозможность мгновенного торможения“.

До аварии на Чернобыльской АЭС мало кто был знаком с понятием “источник повышенной опасности“. У большинства людей не было представления об особой опасности определенных свойств объектов материального мира, находящихся в эксплуатации организаций и людей.

 Судебная практика и правовая теория развивались в основном по пути регулирования юридических отношений, возникающих при причинении вреда механическими объектами и, прежде всего, транспортными средствами.

**Поэтому Пленум Верховного Суда СССР (в п.11 Постановления от 5 сентября 1986) разъяснил, что источником повышенной опасности надлежит признавать любую деятельность, осуществление которой создает повышенную вероятность причинения вреда, из-за невозможности полного контроля за ней со стороны человека, а также деятельность по использованию, транспортировке, хранению предметов, вещей и иных объектов производственного, хозяйственного или иного назначения, обладающих такими же свойствами.**

И эта формулировка получила свое подтверждение в определении источника повышенной опасности и в ст.1007 ГК КР.

Имущественная ответственность за вред, причиненный действием таких источников, должна наступать, как при целенаправленном их использовании, так и при самопроизвольном проявлении их вредоносных свойств, например, вследствие самопроизвольного движения автомашины, самовозгорания, самоизлучения и т.п. явлений.

**Таким образом, источник повышенной опасности можно в целом определить как деятельность по использованию объектов материального мира, которые, будучи наделенными определенными вредоносными свойствами, в процессе эксплуатации человеком не поддаются с его стороны полному контролю, в результате чего деятельностью (эксплуатацией) таких объектов создается повышенная вероятность причинения вреда жизни и здоровью гражданам, их имуществу и имуществу организаций.**

Следовательно, среди **признаков источника** повышенной опасности важны:

-во-первых, его **вредоносные свойства** и,

-во-вторых, **невозможность полного контроля** со стороны человека.

Но сами по себе, **без соединения с деятельностью по эксплуатации источника**, они не имеют юридического значения.

**Вредоносные свойства объекта, исключающие возможность полного контроля за их проявлениями, играют решающую роль в формировании правового понятия и признания объекта источником повышенной опасности**.

Законодателя интересуют **особые, специфические свойства объекта**, признаваемого источником повышенной опасности; вероятность проявления вредоносных свойств даже при максимальной бдительности владельца источника повышенной опасности во время его эксплуатации при учете владельцем всех известных ему специфических вредоносных свойств источника, при сведении вероятности причинения вреда волевыми усилиями владельца до возможного минимума.

Формулируя особую **юридическую конструкцию** возмещения вреда, причиненного источником повышенной опасности, законодатель использует три взаимосвязанные и нетождественные **категории**:

- повышенная опасность для окружающих;

- деятельность организаций и граждан, связанная с указанной опасностью;

- источник повышенной опасности.

 Законодатель не называет деятельность источником опасности, но говорит о том, что она связана с повышенной опасностью (ст. 1007 ГК КР).

Однако быть связанной с **опасностью** и быть ее источником – далеко не одно и то же.

 Опасность– это не субъективный и не искусственный признак, а явление объективного порядка, не зависящее от того, насколько адекватны ему наши субъективные представления, суждения и переживания. Отнесение опасности к числу категорий объективного порядка требует определения ее родовой принадлежности среди однопорядковых категорий и отношений.

Опасность наступления тех или других событий, действий, опасность утраты имущества не суть еще указанные события, действия или утраты. Это объективная возможность наступления соответствующих обстоятельств, но не более. Возможность и действительность не тождественны, хотя последняя и предполагает существование первой.

Чтобы в рассматриваемого рода случаях возможность была реализована, обращена в действительность, должны иметь место весьма определенные факты, а именно, **факты причинения вреда**, вне которых соответствующая **опасность** остается потенциальной.

 Таким образом, **опасность** – это объективная возможность умаления личных или имущественных благ, и подобно всякой иной объективной категории опасность имеет свою качественную и количественную характеристику.

Формирование (создание) опасности – это накопление объективно необходимых условий для реализации возможности (составляющей сущность опасности) в действительность.

 Степень опасности характеризуется количественными показателями указанных условий, а ее сила – качественными показателями указанных условий осуществления соответствующей опасности.

 Основными формами бытия материи являются пространство и время. Отсюда следует, что формирование опасности (и реализация возможности) происходит именно в определенном месте (пространстве) и в определенное время. Это находит свое выражение, в свою очередь, в установлении причинно-следственной связи между компонентами, формирующими опасность и фактами ее реализации. По мнению О.А.Красавчикова, источником повышенной опасности является то, что ее создает.

Поиски материального субстрата данной правовой и научной категории теоретически мыслимы в двух направлениях: по пути исследования производственных отношений или по пути изучения элементов производственных сил.

 Общественные отношения, материальные или идеологические, определяют или свойственно выражают социальные позиции людей, групп людей, классов по отношению друг к другу. Сами по себе социальные связи не создают объективной опасности реального умаления тех или иных личных или имущественных благ. Хотя в настоящее время существуют и иные мнения.

 По общему мнению, именно **орудия и средства производства**, используемые человеком в процессе осуществления деятельности, не утрачивают и никогда не утратят своей зависимости от законов природы (физических, химических и т.п.).

В этом заключается одно из противоречий между человеком и природой, что приводит к тому, что человек оказывается подчас не в состоянии пересмотреть свои традиционные технические представления, увидеть новые горизонты и возможности. В этом противоречия (созданное человеком остается под воздействием законов природы) и заключена сущность источника повышенной опасности.

Человек должен сообразовывать свою деятельность с **объективными законами природы**. Как только это необходимое условие предается забвению, соответствующий закон природы опрокидывает расчеты человека, дает о себе знать в последствиях совершенных действий. Нередко эти последствия не только отличны от ожидаемых результатов, но и прямо противоположны им.

Техника из орудия созидания превращается помимо и даже вопреки воле человека в свою противоположность.

До настоящего времени не выработаны **четкие критерии** определения источника повышенной опасности, нет его **четкого определения** и в законодательстве.

В современных работах пытаются дать **множество определений признаков** источника повышенной опасности.

**Например:**

-высокие поражающие свойства: например, неконтролируемый взрыв, действие электротока, яда и т.п;

-способность воздействовать на физические и иные материальные объекты и вызывать в них существенные изменения в виде разрушений или структурных сдвигов либо нарушение у живых организмов жизненно важных функций (смерть, увечье, уничтожение и повреждение имущества, болезненное расстройство психической деятельности);

-наличие большой концентрированной внутренней энергии (тепловой, ядерной, электрической, химической, движущихся газов и т.д.);

-энергетическим источником является сам предмет, энергия находится в нем в связанном виде, при воздействии на предмет она приводится в движение, действие, производя разрушения и другие негативные последствия. Поэтому холодное оружие – не может быть ИПО, так как приводится в действие внешней силой, т.е. используется в качестве средства воздействия;

-действие ИПО всегда происходит под влиянием внешней силы, но энергия последней несравнимо меньше, чем собственная энергия источника. Внешняя сила выполняет роль пускового устройства, импульса, приводящего в движение весь механизм. При этом происходит процесс так называемого лавинного типа, когда изменение положения одного элемента системы приводит в движение всю систему составляющих элементов с высвобождением огромного количества энергии;

-выделенная энергия не подлежит управляющему воздействию, контролю.

(Тер-Акопов А.А. Ответственность за нарушение специальных правил поведения. М., 1995. C.26).

Имеются и другие **определения свойств и признаков** источника повышенной опасности:

-неустойчивость (от него производны: мощность, сложность);

-неопределенность развития процесса;

-высокая вероятность причинения вреда окружающим;

-необратимость разрушительного процесса, т.е. вмешаться в ход событий и изменить развитие процесса – нельзя или очень трудно (ядерная реакция).

В зависимости **от происхождения** могут быть следующие источники:

**1.Природного происхождения**: землетрясение, извержение, ураганы, наводнения, молнии, дикие животные (звери, змеи), ядовитые растения, минеральные яды.

**2.Антропогенное происхождение**, т.е. является **производным человека и его деятельности** (продукты деятельности): большая часть наркотических средств; психотропных веществ; радиоактивных материалов; оружие; опасные производственные объекты; опасные грузы.

Появились **техногенные ИПО** – радиация, загрязнение окружающей среды, СПИД, птичий и свиной грипп и т.п.

К неизученным и непредсказуемым ИПО относятся электромагнитное загрязнение окружающей среды; компьютерные вирусные эпидемии; социальные источники психологической опасности (тотальное видеонаблюдение в зданиях, на улицах города) и т.п.

В настоящее время проводятся исследования в криминологии и к ИПО приравниваются такие виды деятельности как криминальная опасность социальных групп, сам криминальный человек; деятельность террористических организаций.

Например, на железнодорожном транспорте определяются **опасные грузы**: вещества, материалы, изделия, отходы производственной и иной деятельности, которые в силу присущих им свойств при наличии определенных факторов могут в процессе транспортирования, при производстве погрузочно-разгрузочных работ и хранения послужить причиной взрыва, пожара или повреждения технических средств, устройств, сооружений и других объектов железнодорожного транспорта, а также гибели, травмирования, отравления, ожогов или заболевания людей, животных, нанести вред окружающей природной среде.

На всех видах транспорта установлены **специальные правила безопасности перевозок**, так как они являются и **источниками повышенной опасности** и **объектами повышенной охраны (особо охраняемые территории)**.

Объектами охраны являются как сами материальные объекты, так и общественные отношения или определенная деятельность.

Установлены правила безопасности – это совокупность обязанностей и запретов, которые субъект должен соблюдать, чтобы исключить или свести к минимуму вред, причиняемый ИПО, либо предотвратить причинение ущерба объекту повышенной охраны любым ИПО, т.е. правила обращения человека с ИПО и с объектом повышенной охраны.

**3.Смешанное, природно-антропогенное происхождение.**

 Так, по мнению Тер-Акопова А.А., нет противоречий между двумя концепциями: **теорией деятельности** и **теорией объекта**, т.е. они могут быть неразрывно связаны. **Например**, железная дорога.

Указанный автор попытался дать свое **определение ИПО** – это свойство одной, чаще всего неустойчивой системы (вещества, механизма, явления, процесса, организма, личности, социальной группы), развитие или проявление которого слабо поддается или не поддается контролю и может произвести необратимые разрушительные изменения в этой или другой системе.

 **Этот источник обладает высоким поражающим эффектом, большой концентрированной внутренней энергией, огромной разрушительной силой.**

Следовательно, любая деятельность человека одновременно и полезна и вредна. Например, клонирование живых организмов, растений и т.п. Невозможно разработать абсолютно безопасный вид деятельности человека, и ни в одном виде деятельности человека не может быть нулевых рисков.

**Классификация источников повышенной опасности**

Специальная литература по этой проблеме и судебная практика рассматривают ИПО как любую деятельность, осуществление которой создает повышенную вероятность причинения вреда из-за невозможности полного контроля за ней со стороны человека.

Ответственность должны наступать как при целенаправленном их использовании, так и при самопроизвольном проявлении их вредоносных свойств (самовозгорании, самоизлучения и т.п.).

Таким образом, источник повышенной опасности можно в целом определить как деятельность по использованию объектов материального мира, которые будучи наделенными определенными вредоносными свойствами, в процессе эксплуатации человеком не поддаются с его стороны полному контролю, в результате чего деятельностью по применению (эксплуатации) таких объектов создаются повышенная вероятность причинения вреда жизни и здоровью граждан, их имуществу и имуществу организаций.

 Следовательно, **основные признаки ИПО:**

-вредоносные свойства самого объекта;

-невозможность полного контроля со стороны человека в процессе эксплуатации.

 Наиболее полную **видовую классификацию** в своих работах дает О.А.Красавчиков.

Так, по его мнению, классифицирующим признаком, по которому все многообразие источника повышенной опасности может быть разграничено на определенные группы и по ним охарактеризовано, может служить лишь только то, что присуще всем предметам данного рода и связано с создаваемой ими повышенной опасностью.

И предлагает взять за **исходный признак разграничения** – **форму энергии**, заключенной в соответствующих предметах материального мира, используемых в определенной среде.

 В естественных и технических науках принято различать ряд качественно различных **форм движения материи,** которые в их естественной форме несводимы друг к другу (нетождественны, разнопорядковы) и в то же время способны к взаимопереходам из одной формы в другую.

 Подобно всем явлениям, **движение обладает не только качественной, но и количественной характеристикой.** Общей мерой различных форм движения является **энергия**.

Так, в естественных науках принято различать механическую, тепловую, химическую, электрическую, гравитационную, ядерную и другие виды энергии.

 Таким образом, предметы материального мира являются **носителями определенных видов энергии**, формы которой различаются по своим качественным характеристикам и количественным состояниям (например, мощностью, напряжением и т.д.). Это относится как к предметам природы, так и к орудиям производства, созданным человеком.

 Именно наличие в указанных предметах определенной физической, химической и иной энергии создает в процессе их использования, создания, транспортировке и т.д. объективную повышенную опасность причинения вреда окружающим.

 Отсюда можно подразделить все источники повышенной опасности на такие основные **группы (виды)**, которые подразделяются на **внутривидовые и смешанные**:

**1.физические**:

1.1.механические: промышленные агрегаты, подъемные механизмы, транспортные средства и т.д.;

1.2.тепловые: паросиловые установки;

1.3.электрические: системы высокого напряжения;

**2.физико-химические**: радиоактивные вещества;

**3.химические:**

3.1.отравляющие: яды;

3.2.взрывоопасные: газы;

3.3.огнеопасные: некоторые виды топлива;

**4.биологические**:

4.1.зоологические: дикие животные (звери, змеи);

4.2.микробиологические: вирусы, микробы.

 Рассмотрим более подробно указанные группы видов источников повышенной опасности.

**Например,** в числе **механических ИПО** на первом месте это **автомашина**.

Среди обстоятельств объективного порядка **автомашина** – высокая маневренность, высокая скорость движения, относительно значительный вес, в силу чего автомашина обладает в движении большим запасом кинетической энергии.

Второе обстоятельство – невозможность (в силу указанного запаса) мгновенного торможения, что является предопределяющей причиной наступления нежелательных вредоносных последствий.

 Повышенная опасность создается **электрическими источниками** в силу того, что рассматриваемый вид энергии обладает значительной разрядной силой.

Причины поражения **электротоком** могут иметь самый различный технический характер (неисправность изоляции, обрыв сети и т.д.). Однако сами по себе эти причины не играют определяющей роли как в силе, так и в последствиях электротравмирования.

 Существенное значение при поражении **электротоком** имеют такие факторы, как площадь и плотность контакта организма с проводником тока, длительность контакта, величина сопротивления (физического) тела.

Главное и определяющее значение принадлежит напряжению и виду тока (постоянный или переменный) прошедшего через организм человека или животного.

 Особую разновидность физических источников наряду с механическими и электрическими составляют **тепловые**. К ним относится самое различное производственное оборудование, эксплуатация которого связана с высокими температурами (агрегаты горячих цехов – мартеновских, доменных, прокатные станы и др.).

Ни теория, ни практика не рассматривают в качестве ИПО отопительные и водоканализационные системы, так как причиной наступления вреда здесь являются значительные неисправности этих систем.

 К **химическим источникам** повышенной опасности судебная практика относит прежде всего сильнодействующие ядовитые вещества, которые обладают свойствами сильного отрицательного воздействия (летучесть, высокая токсичность и т.п.) на организм человека даже при нормальных условиях эксплуатации.

 Скрытая во взрывчатых и легковоспламеняющихся веществах энергия и разрушительная способность позволяют считать некоторые виды сырья для изготовления боеприпасов и взрывчатых веществ, а также бензин, бензол, керосин, денатурат, эфир и т.д. в чистом виде или в качестве преобладающих компонентов (основа в лаках, красках и т.п.) также ИПО.

 **Признание объекта источником повышенной опасности – вопрос, который при необходимости может и должен решаться судом на основе заключения соответствующей технической экспертизы.**

Физико-химические источники повышенной опасности иначе именуются **радиоактивными**. К их числу относятся все самые различные установки и агрегаты, способные к созданию радиации в опасных для жизни человека дозах, в частности, ускорители частиц (бетатроны, фазатроны, синхрофазатроны и др.), различного рода реакторы, двигатели, работающие на атомном топливе.

К числу данных источников следует относить все промышленные или научно-исследовательские агрегаты и аппаратуру, создающие радиоактивность в опасных дозах.

 **Зоологические источники** повышенной опасности. Круг животных, которых можно отнести к ИПО, весьма невелик, поскольку должны быть приняты во внимание, как “материальный“, так и “юридический“ критерии, определяющие указанную относимость животных к таким источникам.

 **Сущность юридического критерия** заключается в том, что в качестве ИПО может рассматриваться не любое животное, а только то, которое находится во владении (держании) определенного субъекта права.

Поэтому все самые различные опасные и безопасные для человека животные, находящиеся на свободе, не могут квалифицироваться в качестве ИПО.

 Что касается **материального критерия,** то последний позволяет разграничить животных, находящихся во владении человека на две группы:

-являющиеся ИПО и

-не являющимися таковыми.

К последним относятся все домашние животные, а также: ежи, черепахи, рыбы и т.п. Повышенную опасность создают некоторые виды пресмыкающих, птиц и животных хищных млекопитающих (в частности, ядовитые змеи, дикие звери, во владении человека). Практический интерес, с точки зрения юридической, может представлять лишь определенная часть диких зверей (например, хищные обитатели зверинцев, объекты собственности укротителей диких животных, объекты исследований научных медицинских учреждений и т.п.).

 Под **микроорганизмами** естествознание понимает растительные и животные организмы, не видимые невооруженным глазом, в частности, различные бактерии, дрожжи, плесневые грибы, микроскопические водоросли и пр. К числу микробиологических ИПО относится сравнительно незначительная часть из большой массы существующих в природе микроорганизмов, способных вызвать заболевание человека, животных или растений.

Для отнесения тех или иных болезнетворных микробов к числу ИПО необходимо руководствоваться указанными **критериями–материальным и юридическим**.

В качестве ответственных лиц за вред, причиненный данной подгруппой источников, могут практически выступать соответствующие научные учреждения, работающие над проблемами борьбы с болезнетворными микробами, в которых последние – объекты воздействия на них. Ответственными лицами могут являться и владельцы животных – носителей болезни, вызванной такими микробами.

 Необходимо иметь в виду и тот факт, что одна и та же “вещь“ может создавать различного рода повышенную опасность для окружающих (**смешанную).** **Например**, автомашина.

Следовательно, для отнесения объектов к ИПО большое значение имеет не только качественная, но и количественная характеристика. Это в большей степени относится именно к химическим и биологическим объектам.

**Субъекты ответственности за вред, причиненный источником повышенной опасности.**

 Согласно ст.1007 ГК КР, граждане и организации, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих, обязаны возместить вред, причиненный ИПО, если не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего.

 Следовательно, ответственность наступает независимо от вины причинителя вреда. **Ответственность независимо от вины** – явление не столь частое в гражданском праве, связывающем неблагоприятные последствия для участников гражданского оборота, по общему правилу, с их виной.

 В юридической литературе наибольшее распространение получила **теория стимулирования**.

Сущность ее в следующем: устанавливая повышенную ответственность владельцев источников повышенной опасности, закон стимулирует последних к такой организации деятельности, которая бы максимально снизила бы вредоносность источника повышенной опасности или устранила ее вовсе.

 Следовательно, ответственность за вред, причиненный ИПО значительно шире общей ответственности за причинение вреда: **только умысел потерпевшего или непреодолимая сила исключает наступление ответственности (ст.1007 ГК)**.

Бремя доказывания наличия этих двух обстоятельств, освобождающих от ответственности, **лежит на ответчике (владельце автомашины)**.

Из полного состава правонарушения (четырех оснований) **достаточно установить два основания**:

-факт причинения вреда такой деятельностью и

-причинно-следственной связи между такой деятельностью и наступившим вредоносным результатом.

**Могут отсутствовать**:

-вина в правонарушении и

-противоправность действий как обязательных условий ответственности.

 Наличие норм о возмещении вреда в случаях невиновного причинения – своего рода исключение из общего правила, т.е. владелец источника повышенной опасности обязан к возмещению вреда не только при наличии своей вины, но и тогда, когда имеет место **субъективно-случайное (невиновное) причинение вреда**.

 Все факты **субъективно-случайного (невиновного) причинения вреда** источником повышенной опасности могут быть классифицированы на ряд категорий и групп в зависимости от характера избранных признаков подразделения:

а)причинение вреда ИПО, обусловленное состоянием (поведением) самого потерпевшего (психическим или физическим в форме умысла или грубой неосторожности);

б)причинение вреда, обусловленное материально-техническим состоянием источника, которое не может быть поставлено в вину владельцу данного ИПО (например, заглох двигатель автомашины);

в)причинение вреда обусловлено состоянием работника, осуществлявшего управление ИПО (например, сердечный приступ, болезненное состояние);

г)причинение вреда, обусловленное поведением третьих лиц (например, угон автомашины).

 Субъективно-случайное причинение вреда не может и не должно отождествляться с объективно-случайным причинением вреда, с одной стороны, и с виновным причинением вреда – с другой.

Лишь наличие определенных объективных связей (вызванных стечением ряда обстоятельств во времени и в пространстве) привело к отрицательным последствиям.

 Возмещению вреда, причиненного владельцем источника повышенной опасности, не чужды начала, на которых построено возмещение по договору страхования (имущества, жизни и здоровья).

Таким началом, как известно, является **не система ответственности, а система риска.** Так, в настоящее время зафиксирован объектом страхования “риск гражданской ответственности“.

 **Риск** – это не возложение убытков, а определенная опасность (возможность) умаления имущественных или личных неимущественных благ.

Несение риска – это несение предусмотренной законом обязанности “принять на себя“ могущие наступить в случае случайных обстоятельств убытки. Реализация указанной обязанности наступает лишь при наличие факта случайного наступления (причинения) вреда. Здесь важно, что соответствующие вредоносные обстоятельства носят случайный (невиновный) характер.

 По мнению О.А.Красавчикова, не чужда категория специального риска и обязательствам из причинения вреда источником повышенной опасности. Под несением специального риска следует понимать несение предусмотренной законом обязанности принять на себя невыгодные имущественные последствия, наступившие в результате субъективно-случайных (невиновных) обстоятельств.

 Имущественные последствия вреда, причиненного источником повышенной опасности, с точки зрения форм и субъектов обязанных к возмещению, распределяются следующим образом:

а) в случае виновного причинения вреда, возмещение вреда возлагается на владельца ИПО как виновного причинителя по системе ответственности;

б) при субъективно-случайном причинении вреда, возмещение вреда также возлагается на владельца ИПО как на носителя специального риска;

в) при объективно-случайном наступлении вреда (непреодолимая сила) возмещение вреда законом возлагается на обладателя соответствующего блага (собственника) по системе общего риска, или, иначе говоря, вред остается на стороне самого потерпевшего, собственника и т.д.

 Такую конструкцию предлагает О.А.Красавчиков при применении систем ответственности и систем риска.

 Законодатель возлагает на владельца ИПО не только ответственность, но и обязанность возмещения субъективно-случайного вреда по системе специального риска в силу того, что повышенная опасность создается машинами, оборудованием и другими объектами права, принадлежащими данному лицу на том или ином правовом основании.

 **Формула гражданско-правовой ответственности** включает положение “Ответственен тот, кто виновен”.

**Формула системы специального риска** содержит следующее правило: ”Возмещает субъективно-случайный вред тот, кто создал повышенную опасность”, иначе говоря, последствия необычной, повышенной опасности (риска) ложатся на того, кто ее создает.

**Важно, чьим источником создана опасность и кто владелец ИПО.**

 Причинение вреда ИПО означает, что вредоносные действия человека были совершены с использованием определенных предметов материального мира, которые являются орудиями причинения вреда.

Однако, владелец ИПО отвечает не за “поведение” машины, а за свое собственное поведение или действия своих представителей (по договору, по доверенности и т.д.).

Поэтому, правильнее говорить о возмещении вреда, причиненного владельцем ИПО, а не о “вреде, причиненном источником повышенной опасности“.

П.3 ст.1007 ГК КР разъясняет порядок возмещения вреда, причиненного при **взаимодействии источников повышенной опасности** (например, столкновение автомашин):

-владельцы несут солидарную ответственность за вред, причиненный в результате взаимодействия ИПО перед третьими лицами по п.1 ст.1007 ГК;

-вред, причиненный одному из владельцев по вине другого, возмещается виновным в полном объеме;

-при невозможности установить степень вины каждой из сторон, ответственность распределяется между ними поровну;

-при наличии вины самих владельцев ИПО размер возмещения определяется соразмерно степени вины каждого из них;

-при отсутствии вины владельцев ИПО во взаимном причинении вреда (независимо от его размера), каждая из сторон несет риск убытков.

 В качестве особого случая указано **выбытие ИПО** из обладания владельца **помимо его воли.**

Владелец ИПО освобождается от ответственности за вред, причиненный действием ИПО, если докажет, что последний выбыл из его обладания в результате **противоправных действий третьих лиц** (например, угон автомашины).

Ответственность несут лица, незаконно завладевшие ИПО на тех же основаниях, что и титульные владельцы.

Однако к долевой ответственности может быть привлечен и владелец ИПО при наличии **виновного поведения** в не обеспечении надлежащей охраны ИПО, т.е. владелец фактически содействовал противоправному изъятию ИПО третьими лицами.

**ТЕМА: ОТДЕЛЬНЫЕ ВИДЫ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ВСЛЕДСТВИЕ ПРИЧИНЕНИЯ ВРЕДА. СПЕЦИАЛЬНЫЕ ДЕЛИКТЫ**

**1.Понятие, виды, структура, условия ответственности по специальным деликтам:**

**а) ответственность за вред, причиненный актами власти;**

**б) ответственность за вред, причиненный несовершеннолетними и недееспособными;**

**в) ответственность за вред, причиненный жизни и здоровью гражданина;**

**г) ответственность за вред, причиненный вследствие недостатков товаров, работ или услуг.**

**2.Обязательства, возникающие вследствие неосновательного обогащения**

**а) понятие, элементы и основания возникновения обязательств из неосновательного обогащения;**

**б) содержание обязательств из неосновательного обогащения.**

**Предмет изучения-**понятие правонарушения формулируется применительно к конкретным составам правонарушений, т.н. специальные деликты.

**Цель изучения-**определить структуру и условия ответственности по специальным деликтам и отграничить от остальных внедоговорных обязательств.

**Задачи-**определить правовую природу возникновения специальных деликтов и уметь разграничить по специальным критериям, определенным в законодательстве.

**1.Понятие, виды, структура, условия ответственности по специальным деликтам:**

Деликтные обязательства основаны на нормах объективного права. Они возникают при наличии предусмотренных в законе условий.

Деликтное обязательство и деликтная ответственность (в отличие от договорного обязательства и договорной ответственности) возникают одновременно и фактически эти понятия равнозначны.

**Главная цель** деликтного обязательства - восстановление потерпевшего в прежнее имущественное положение.

**Формы ответственности**:

-исполнение в натуре и

-более распространенная форма - денежное возмещение вреда (компенсация).

Установлена законом **презумпция виновности** деликвента: причинитель вреда предполагается виновным.

Для освобождения от ответственности он должен доказать свою невиновность.

В ряде случаев наступает ответственность без вины причинителя вреда (**безвиновная ответственность**).

**Безвиновная ответственность** наступает за моральный вред (п.2 ст.1027 ГК), причиненный:

-жизни, здоровью граждан источником повышенной опасности (ст.1007 ГК);

-в результате незаконного осуждения, привлечения к уголовной ответственности, заключения под стражу, применение подписки о невыезде, административного взыскания в виде ареста или исправительных работ (ст. 999 ГК);

-причиненный потребителям недостатками товаров, работ или услуг (ст.1023 ГК);

-распространением сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию (ст.18 ГК).

 **Безвиновная ответственность** наступает за имущественный вред, причиненный:

-источником повышенной опасности (непреодолимая сила или умысел потерпевшего освобождают от ответственности) (ст.1007 ГК);

-в результате незаконного осуждения, привлечения к уголовной ответственности, заключения под стражу, применение подписки о невыезде, административного взыскания в виде ареста или исправительных работ (ст.999 ГК);

-потребителям недостатками товаров (работ или услуг) (ст.1023 ГК).

 **Вина потерпевшего не учитывается** при возмещении:

-дополнительных расходов (п.1 ст.1013 ГК);

-вреда в связи со смертью кормильца (ст.1017 ГК);

-расходов на погребение (ст.1022 ГК).

**а) Ответственность за вред, причиненный актами власти**

К актам власти относятся **акты управления, принимаемые в сфере административного управления**, а также акты правоохранительных органов и суда.

Особо подчеркивается характер деятельности государственных учреждений. Вред причиняется гражданину или юридическому лицу в результате незаконных действий (бездействия) должностных лиц или самих государственных органов, органов местного самоуправления (ст. 998 ГК).

**Признаки данного деликта**:

-управленческая деятельность в форме издания актов, содержащих властные предписания;

-служебные действия неотделимы от самого административного акта;

-должностное лицо-это лицо, осуществляющее управленческие функции;

-должны быть обязательно виновные действия должностного лица.

 **Условиями возмещения вреда (структура деликта)**, причиненными актами управления, являются:

-обязательная предварительная отмена акта управления или признание его недействительным;

-вред возмещается независимо от вины конкретных должностных лиц;

-причиной вредоносного результата должен быть именно акт управления (т.е. должно быть властное предписание в виде подзаконного акта, направленного на установление, изменение или прекращение конкретных правоотношений;

-акт управления должен быть совершен должностным лицом (т.е. лицом, которое наделено полномочиями распорядительного характера по отношению к лицам, по службе им не подчиненным);

-должностное лицо приняло акт управления при исполнении служебных обязанностей и в соответствии со своей компетенцией.

 Вред возмещается за счет **казны**, от имени которой выступает соответствующий финансовый орган или органы, на которые возложена обязанность нести ту или иную ответственность.

Казна, возместившая ущерб, имеет право обратного требования, т.н. **регрессного требования** к тому должностному лицу, которое непосредственно примет акт управления.

 Например, как должны действовать **регрессные требования** о так называемых “самозастройках“ в различных районах г.Бишкека (в парковых зонах, в районах заповедников). Поэтому возьмем для примера выданный акт (постановление) райадминистрации о закреплении земельного участка для индивидуального жилищного строительства конкретному гражданину, который сама райадминистрация впоследствии в судебном порядке требует признать недействительным. Можно поставить следующие вопросы для анализа такой ситуации:

-является ли это самозахватом чужой земли? Очевидно нет, так как прежде чем выделять данный участок, райадминистрация проверяет, отведены ли Бишкекглавархитектурой согласно Генерального плана застройки города эти земли для индивидуального строительства. И лишь на этом основании райадминистрация выносит решение о закреплении земельного участка для строительства конкретному гражданину.

-является ли построенное на земельном участке здание, сооружение самовольной постройкой? Подпадает ли оно под ст.254/1 ГК? Очевидно нет, так как есть разрешение райадминистрации на жилищное строительство.

И если возникают какие-то разногласия по поводу этого участка, следует привлекать к ответственности Бишкекглавархитектуру и ее должностных лиц, так как они включили места для индивидуальных застроек в запрещенных зонах.

 В установленном порядке гражданином были получены правоустанавливающие документы, выданные Госрегистром КР:

-государственный акт на право частной собственности на земельный участок и

-технический паспорт (инвентаризационное дело) на построенный жилой дом.

Так как дом уже построен, то действует ст. 233/10 ГК, где заложен принцип частного права “земельный участок следует судьбе строения”, то есть мы должны рассматривать их как два самостоятельных объекта частной собственности, а не один общий объект. И достаточно трудно теперь их разъединить. Либо надо сносить построенное здание на запрещенном земельном участке, либо сдавать в аренду данный земельный участок собственнику здания.

 Поэтому говорить о сносе этих зданий достаточно неправомерно. Требовать, чтобы владельцы добровольно отказались от своего права частной собственности также неправомерно, так как действует конституционный принцип “неприкосновенность частной собственности“. Поэтому на практике в суды поступают требования об изъятии **земельных участков**, однако действует ст. 65 Земельного Кодекса КР, где дается исчерпывающий перечень оснований для изъятия.

Следует учесть (по мнению многих авторов в России, где тоже есть печальный опыт сноса новых построек), что речь идет не о том **земельном участке**, который был закреплен с нарушениями законодательства.

На данном земельном участке уже проложены частные коммуникации, есть земельные насаждения, элементы благоустройства и т.д., и поэтому речь о возврате старого земельного участка уже не может вестись.

 Поэтому можно вести речь о применении ст. 998 ГК КР о привлечении работников райадминистрации, Бишкекглавархитектуры, департамента индивидуального жилищного строительства г. Бишкека к регрессной ответственности за причиненный государству вред. Основанием является предварительная отмена акта (постановления) о закреплении земельного участка для жилищного строительства.

В отличие от актов управления, **акты правоохранительных органов и суда,** незаконность которых может привести к возникновению деликтного обязательства, указаны в ст. 999 ГК исчерпывающим образом:

-незаконное осуждение;

-незаконное привлечение к уголовной ответственности;

-незаконное применение меры пресечения в виде заключения под стражу или подписки о невыезде;

-незаконное наложение административного взыскания в виде ареста или исправительных работ.

 **Обязательным условием** возникновения права на возмещение вреда является:

-вынесение оправдательного приговора;

-прекращение уголовного дела по реабилитирующим основаниям (за отсутствием события преступления, состава преступления, недоказанностью участия в деле);

-прекращение дела об административном правонарушении.

 Иные незаконные акты органов дознания, предварительного следствия, прокуратуры и суда приравнены по своим гражданско-правовым последствиям к незаконным актам в сфере административного управления.

 Исключение составляет случай причинения вреда при **осуществлении правосудия**. Здесь наложение судьей незаконного ареста на имущество, его конфискация и т.п. предполагает, что вина судьи будет установлена приговором суда, вступившим в законную силу. Простая отмена судебного решения права на возмещение вреда не предоставляет.

 Вред, причиненный правоохранительными органами и судом, возмещается независимо от вины должностных лиц, совершивших действия, причинившие ущерб.

 В Конституции КР закреплен общий принцип **имущественной ответственности государства** за причиненный вред. Это один из способов защиты прав и интересов граждан и юридических лиц, которым причинен вред: имущественный и моральный.

 ГК КР определены основные условия, исчерпывающие основания возмещения вреда, а также установлены правила, регулирующие порядок и пределы **имущественной ответственности государства** за причиненный вред. Законодатель установил источник возмещения вреда. Согласно ст.998,999 ГК КР–за счет государственной казны и муниципальной казны. Ущерб возмещается в полном объеме за счет казны. Государство имеет право регресса, если виновность должностного лица установлена приговором суда, вступившим в законную силу. В ином случае оно несет лишь дисциплинарную ответственность.

 Возмещению подлежат:

-заработная плата и другие источники средств существования, которых гражданин лишился в результате незаконных действий;

-пенсия или пособия, выплата которых была приостановлена в связи с незаконным лишением свободы;

-имущество (в том числе деньги, денежные вклады, проценты на них, акции и облигации, иные ценности) конфискованные или обращенные в доход государства судом или изъятое органами дознания или предварительного следствия, а также имущество, на которое наложен арест;

-штрафы, взысканные во исполнение приговора суда; судебные издержки и иные суммы, выплаченные гражданином в связи с незаконными действиями;

-возмещение вреда по п.1,4 –за счет госбюджета; по п.2-органы социального фонда и социального обеспечения; по п.3-имущество в натуре либо его компенсация финансовыми органами;

-в случае смерти гражданина-право на возмещение имеют его наследники и иждивенцы;

-время отбывания наказания, содержания под стражей, отстранение от должности - засчитывается в общий трудовой стаж;

-решается вопрос о восстановлении званий, возвращении орденов и медалей.

 Следовательно, производится возмещение имущественного ущерба, морального вреда, восстановление трудовых, пенсионных, жилищных, социальных и иных прав при реабилитации гражданина по ст. 999 ГК.

**б) Ответственность за вред, причиненный несовершеннолетними и недееспособными лицами**

 Принципиальное различие между правоспособностью и дееспособностью физических лиц, как известно, заключается прежде всего в возрастных ограничениях осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей конкретного лица.

 **Правоспособность-это действительно способность иметь права**. Речь идет о возможности стать субъектом права. Следовательно, правоспособность есть предпосылка правообладания конкретными, субъективными правами. Причем обязательной предпосылкой, без которой субъективное право теряет всякий смысл.

 Поэтому **правоспособность** согласно ст.52 ГК КР признается в равной мере за всеми гражданами независимо от их возраста, состояния, здоровья, пола, религиозной принадлежности и т.п.

 И когда этого человека нет (умер, объявлен в установленном порядке умершим согласно ст. 80 ГК) говорить о его правоспособности не приходится.

Непременный признак правоспособности физических лиц - ее **неотчуждаемость.** От правоспособности нельзя отказаться, ее нельзя передать другому лицу и, наконец, нельзя даже в судебном порядке лишить правоспособности.

Ограничение правоспособности гражданина лишь в случаях и в порядке, установленном законом. Однако ограничить можно лишь право (конкретное право, например, занятие на определенное время определенной профессиональной деятельностью либо ограничить право на свободу передвижения, проживания и т.д.), а не правоспособность (неотчуждаемое свойство гражданина в целом, неделимое свойство).

 Таким образом, правоспособность имеет свои отличительные и принципиально важные особенности. Но, будучи в определенной мере абстрактным понятием, правоспособность гражданина дифференцируется применительно к характеру регулируемых отношений.

 В сфере действия гражданского права **содержание правоспособности** определяется ст.53 ГК, дающей перечень прав и обязанностей.

**Гражданин может иметь**:

-имущество на праве собственности;

-наследовать и завещать имущество;

-заниматься предпринимательской деятельностью и любой иной не запрещенной законом деятельностью;

-создавать юридические лица самостоятельно или совместно с другими гражданами и юридическим лицами;

-совершать любые не запрещенные законом сделки и участвовать в обязательствах;

-избирать место жительства;

-иметь права автора произведений науки, литературы и искусства, изобретений и иного результата интеллектуальной деятельности;

-иметь иные имущественные и личные неимущественные права.

 Согласно ст.56 ГК КР под **дееспособностью** понимается способность гражданина своими действиями приобретать и осуществлять гражданские права, создавать для себя гражданские обязанности и исполнять их.

 **Дееспособность** на правовом языке означает фактическую способность человека совершать те или иные юридические сделки, юридические действия, направленные к установлению, изменению, прекращению или осуществлению гражданских прав (Словарь гражданского права.C.49).

 Следовательно, **дееспособность** входит в категорию понятий, ядро которых составляет способность гражданина, но это уже не природное свойство (как правоспособность), а готовность к совершению определенных действий и поступков, предусмотренных законом, составляющих права и обязанности физического лица (гражданина) (Нечаева А.М. О правоспособности и дееспособности физических лиц /Государство и право. N 2. 2001).

Существование такой способности уже не носит абстрактного характера, оно “привязано” к возможности действовать. Причем эта возможность не безгранична, а ограничена рамками закона.

 Вмешательство закона в содержание дееспособности представляет собой одно из наиболее распространенных, универсальных способов регулирования государством гражданско-правовых отношений физических лиц.

 К участию в них оно допускает всех и каждого, за исключением граждан, не способных совершать разумные действия и поступки, отдавать себе отчет в том, что и для чего они делают.

 Поэтому не случайно ради более гибкого правового регулирования отношений с участием этих лиц, вводятся такие понятия, как полная и ограниченная дееспособность.

 Существуют **два критерия объема дееспособности**: возрастной и медицинский.

Как правило, под дееспособностью мы понимаем сделкоспособность и деликтоспособность гражданина. **Сделкоспособность** - это способность совершать сделки в гражданском обороте. **Деликтоспособность** - способность нести ответственность за причиненный вред другому лицу.

Согласно ст.56 ГК **дееспособность гражданина в полном объеме** возникает с наступлением совершеннолетия, т.е. по достижении 18-летнего возраста. Именно с этим возрастом для лиц любого пола связано наступление всех показателей зрелости, куда входит:

-зрелость физическая, определяемая физическим состоянием;

-зрелость психическая, говорящая об умении разумно руководить своими действиями и поступками;

-зрелость социальная, позволяющая принимать самостоятельное участие в жизни общества.

 Причем для **полной дееспособности** желательно наличие всех трех параметров зрелости, хотя не исключаются всякого рода отступления и на этот счет. **Например,** некоторая задержка в умственном, физическом развитии, не соответствующая эталону 18-летнего человека, не будет служить основанием для признания его недееспособным.

 Наступление **полной дееспособности** по достижении совершеннолетия относится к общему правилу. Однако существуют определенные отступления от существующих положений общего характера. Имеются ввиду наступление полной дееспособности ранее обозначенного в Законе срока.

 Так, допускается приобретение дееспособности в полном объеме, во-первых, при досрочном вступлении в брак, во-вторых, после эмансипации подростка, достигшего 16-летнего возраста, в порядке, установленном ст. 62 ГК.

 Когда брак заключен в установленном порядке, полная дееспособность наступает автоматически. Она сохраняется в полном объеме и после расторжения брака, поскольку возвращение в состояние ограниченной дееспособности после развода до достижения 18 лет невозможно, если к этому нет показаний, предусмотренных в законе.

 Хотя эмансипация подростка не наступает автоматически и связана с соблюдением определенных условий (ст. 62 ГК), возвращение обретшего полную дееспособность несовершеннолетнего в прежнее состояние, например, из-за нежелания трудиться, невозможно, противоестественно. Однако при этом не исключается применение общих правил об утрате, ограничении дееспособности.

 **Ограничение дееспособности,** предусмотренное гражданским законодательством, распространяется, во-первых, на несовершеннолетних, во-вторых, на лиц, злоупотребляющих спиртными напитками или наркотическими средствами.

 **Несовершеннолетние делятся на две группы.** В первую входят **малолетние**, т.е., не достигшие 14 лет, во вторую - **подростки** в возрасте от 14 до 18 лет.

 **Малолетние**, в свою очередь, подразделяются на: в возрасте до 6 лет и, во-вторых, от 6 до 14 лет. Первые считаются полностью недееспособными без всяких на этот счет исключений. А вторые, все-таки в порядке исключения обладают некоторой самостоятельностью.

 Согласно ст.63 ГК **малолетние в возрасте от 6 до 14 лет** могут самостоятельно совершать (**объем сделкоспособности):**

-мелкие бытовые сделки (однако, закон не определяет, каковы признаки мелкой бытовой сделки, так как они во многом зависят от уровня материальной обеспеченности конкретной семьи, понимания ценности вещи, предмета сделки и т.п.);

-сделки, направленные на безвозмездное получение выгоды, не требующие нотариального удостоверения либо государственной регистрации (однако, закон не дает ясного понимания и разъяснения, какие сделки направлены на безвозмездное получение выгоды, тем более, когда их совершает малолетний);

-малолетний, может, как угодно, распоряжаться любыми средствами, лишь бы они были предоставлены родителями или с их согласия безотносительно к размеру полученного (а если это значительный по своим размерам гонорар ребенка или денежная сумма, полученная по наследству?).

 Очевидная уязвимость текста п. 2 ст. 63 ГК приводит к тому, что данная правовая норма практически не работает, так как противоречит правилам внутрисемейной педагогики.

 Статьей 1001 ГК предусмотрена **деликтоспособность малолетнего**. **Например**, играя, ребенок 5 лет камнем повредил глаз ребенку 10 лет. Какова структура ответственности?

 **Структура деликтной ответственности предусмотрена ст. 1001 ГК КР**:

**-прямыми ответчиками** по делу являются родители (усыновители) или опекуны, так как непосредственный причинитель вреда **полностью недееспособен**, если не докажут, что вред возник не по их вине (диспозитивная норма);

-**вина родителей** (усыновителей), опекунов в ненадлежащем воспитании ребенка и недолжном надзоре за его поведением в момент причинения вреда;

-ответственность родителей (усыновителей) и опекунов независимо от совместного проживания с ребенком. Суд может освободить одного из родителей (усыновителей) по его просьбе от ответственности, если данный родитель докажет в суде, что по вине другого родителя был лишен возможности участвовать в воспитании ребенка и контролировать его поведение;

-вина родителей (усыновителей), опекунов - **долевая;**

-согласно ст.1003 ГК –родители, лишенные родительских прав (по решению суда) в течение 3-х лет после этого несут ответственность за вред, причиненный малолетними, если будет установлена причинная связь между действиями малолетних и ненадлежащим выполнением лицами, лишенных родительских прав, своих обязанностей по воспитанию малолетних. Данная правовая норма является новой, в прежнем кодексе ее не было. Понятно желание законодателей решить проблему возмещения вреда, однако достаточно нелогично возлагать ответственность на лиц, лишенных родительских прав именно за ненадлежащее воспитание и недолжный надзор за своими детьми. Поэтому и не было данной нормы в прежнем кодексе;

-ответственность за действия малолетних несут и лица, осуществляющие надзор по трудовому договору (няня, учитель на дому), однако это должно быть прямо прописано в договоре о найме;

-ответственность могут нести одновременно (в зависимости от вины) воспитательные, образовательные, лечебные и т.п. учреждения (за недолжный надзор за поведением ребенка) и родители (за ненадлежащее воспитание);

-принципы долевой ответственности действуют и в случаях причинения вреда несколькими малолетними (множественность лиц в обязательстве на стороне должника);

-так как законные представители (родители, усыновители, опекуны) являются прямыми ответчиками по делу, то их обязанности по возмещению вреда **не прекращаются** с достижением малолетним совершеннолетия (18 лет) или получения им имущества, достаточного для возмещения вреда;

- не обладают они и **правом регрессного требования** к непосредственному причинителю вреда по достижению им совершеннолетия, так как несут ответственность за свою прямую вину.

Согласно **п.4 ст.1001 ГК**-суд вправе возложить обязанности по возмещению вреда на малолетнего причинителя вреда, достигшего 18 лет и имеющего достаточно средств для возмещения вреда в случае, если граждане, на которых возложена такая ответственность - умерли или не имеют достаточных средств для возмещения вреда.

Норма, закрепленная в **п.4 ст.1001 ГК** достаточно противоречива, как видно законодатель исходил из интересов потерпевшего. В предыдущем кодексе такой нормы не было, так как это противоречит учению об обязательствах. Возникло относительное правоотношение, в котором участвует конкретный кредитор и должник. Вина законных представителей была доказана в суде, именно законные представители являются прямыми ответчиками по делу. А согласно п.4 ст.1001 ГК, мы, бывшего малолетнего в момент причинения вреда заставляем отвечать за противоправные действия, когда он был полностью неделиктоспособен. Это противоречит существу понятия дееспособности и, в частности, деликтоспособности.

Следовательно, законодатель, учитывая интересы потерпевших по возмещению им причиненного вреда, нарушает правовую классификацию понятия “относительного правоотношения“ и правила о перемене лиц в обязательстве. Ведь и раньше было жалко потерпевших, однако Кодекс 1964 года не терял логичности права. Это касается и ст. 1009 ГК о регрессных требованиях, законные представители, в принципе, могут предъявлять регрессные требования к непосредственному причинителю вреда, так как он становится прямым ответчиком по делу. Данная норма (п.4 ст.1001 ГК) носит формальный характер и мало применима на практике.

 Объем дееспособности **несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет** значительно шире, поскольку речь идет о подростках, приближающихся к совершеннолетию. Именно поэтому их законные представители призваны оказывать им помощь в осуществлении их прав, обязанностей, предусмотренных гражданским законодательством.

При этом п.2 ст. 63 ГК (определяет **объем сделкоспособности**) дает **перечень прав**, при распоряжении которыми подросток совершенно самостоятелен, свободен независимо от согласия (несогласия) родителей (законных представителей) на **совершении сделок.** К ним относятся:

-право распоряжаться своим заработком, стипендией или иными доходами;

-возможность осуществлять права автора произведений науки, литературы или искусства, изобретения или иного охраняемого законом результата своей интеллектуальной деятельности;

-право вносить в соответствии с законом вклады в кредитные учреждения и распоряжаться ими;

-право совершать мелкие бытовые сделки и иные сделки, предусмотренные п.2 ст. 63 ГК;

-по достижении 16 лет быть членом кооператива (в соответствии с Законом о кооперативах).

 На совершение подростком всех других сделок, предусмотренных гражданским законодательством, требуется письменное согласие его законных представителей. Это правило действует лишь тогда, когда сделка подлежит нотариальному удостоверению или государственной регистрации. А все остальные практически совершаются без всякого на то одобрения, выраженного в письменной форме. А последующее его письменное одобрение вообще нонсенс и практического применения не имеет.

Поэтому правомерна постановка вопроса об изъятии из ГК подобного рода нежизнеспособных искусственных правил, обременяющих текст Закона и не логичных по своей правовой сути (Нечаева А.М. О правоспособности и дееспособности физических лиц /Государство и право. N 2.2001.).

 Деликтоспособность граждан наступает с 14 лет.

**Структура деликтной ответственности** **несовершеннолетних в возрасте от 14 лет до 18 лет предусмотрена в ст. 1002 ГК КР**:

-предусмотрена **прямая ответственность** самих несовершеннолетних граждан, т.е. самостоятельная ответственность на общих основаниях;

-если у несовершеннолетних нет доходов или иного имущества, достаточных для возмещения вреда, вред должен быть возмещен полностью или в недостающей его части - родителями, усыновителями, попечителями. Следовательно применяется **субсидиарная ответственность (дополняющая)**;

-условием субсидиарной ответственности является **вина законных представителей** в ненадлежащем воспитании и недолжном надзоре в момент причинения вреда;

-на этих же основаниях несут субсидиарную ответственность и учреждения, которые в силу закона являются попечителями несовершеннолетних, находящихся в этих учреждениях (например, детские дома);

 -образовательные, лечебные, воспитательные учреждения, осуществляющие лишь надзор за детьми, к субсидиарной ответственности не привлекаются;

-субсидиарная ответственность указанных лиц прекращается по достижении совершеннолетия либо когда у причинителя вреда до достижения совершеннолетия появились доходы либо иное имущество, достаточное для возмещения вреда, либо когда он до достижения совершеннолетия приобрел полную дееспособность (эмансипация согласно ст. 62 ГК);

-за вред, причиненный несколькими несовершеннолетними, родители отвечаю солидарно;

-привлеченные к субсидиарной ответственности законные представители не обладают правом регресса, так как на суде не смогли доказать свою невиновность.

 Что же касается физических лиц, достигших совершеннолетия, то правовым основанием **ограничения их дееспособности** служит лишь ст. 65 ГК, при условии, если гражданин злоупотребляет спиртными напитками или наркотическими средствами и тем самым ставит свою семью в тяжелое материальное положение (основной критерий). Токсикоманы в эту категорию не входят, поскольку природа токсикомании еще полностью не изучена.

 Заинтересованные лица (супруг, дети, родители и другие лица) просят суд **ограничить сделкоспособность** данных лиц. Ограничение дееспособности таких лиц сводится к невозможности совершать все сделки кроме мелких бытовых: получать заработок, пенсию или иные доходы; распоряжаться ими только с согласия попечителя. Однако согласно ст. 1005 ГК **деликтоспособность** таких лиц не ограничена и они несут самостоятельную (прямую) ответственность за причиненный вред.

Признание гражданина **полностью недееспособным** предусмотрено ст.64 ГК. В качестве основания ее утраты фигурирует **психическое расстройство**, когда гражданин “не может понимать значения своих действий или руководить ими”. Ранее употреблялся термин “душевная болезнь”, в настоящее время “психическое расстройство“.

Особенность ст.64 ГК в том, что ее применение влечет за собой по сути дела **гражданскую смерть**.

Что означает понятие **“гражданская смерть“**? Лицо, утратившее свою дееспособность в полном объеме, перестает существовать как гражданин со всеми своими правами и обязанностями. Такой гражданин не может заключить никакой договор, в том числе трудовой, защитить свои жилищные права, вступить в брак в установленном законом порядке и т.д. Острота данной проблемы усугубляется и тем обстоятельством, что количество психически больных постоянно растет.

 Поэтому учеными вносятся предложения коренного изменения ст.64 ГК в том, что при утрате физическим лицом так называемой общей дееспособности следует сохранить его специальную дееспособность, трудовую, пенсионную, брачно-семейную, а также предусмотреть временную утрату дееспособности с тем, чтобы в необходимых случаях существовали реальные предпосылки для ее автоматического восстановления.

 Ст.1004 ГК предусмотрена следующая **структура** **деликтной ответственности** этих граждан:

-**признаны судом** полностью недееспособными в связи с тем, что вследствие психического расстройства не могут отдавать отчет себе в своих действиях;

-им назначается **опекун**, который и является их законным представителем и несет прямую ответственность за неосуществление надзора за ними либо это учреждения, куда помещается такой гражданин;

-непосредственный причинитель вреда не является субъектом гражданско-правовой ответственности;

-виной законных представителей является пренебрежение обязанностями по осуществлению надзора за недееспособными гражданами;

-обязанность законных представителей по возмещению вреда не прекращается и в случае последующего признания непосредственного причинителя вреда дееспособным, так они являются прямыми ответчиками по делу;

-если вред причинен жизни или здоровью потерпевшего, то суд вправе принять решение о возмещении вреда полностью или частично за счет имущества непосредственного причинителя вреда, если опекун умер или не имеет достаточно средств для возмещения вреда, а сам причинитель вреда обладает такими средствами;

-обязанность может возлагаться как на лицо, признанное впоследствии дееспособным, так и продолжающим быть недееспособным;

-опекун не обладает правом регрессного требования, так как является прямым ответчиком по делу и на суде не смог доказать свою невиновность в осуществлении надзора.

 Ст. 1006 ГК определена **структура деликтной ответственности** за вред, причиненной гражданином, не способным понимать значения своих действий или руководить ими в момент причинения вреда (потеря сознания, обморок, состояние аффекта, сердечный приступ и т.д.):

-**субъект** – дееспособный гражданин или несовершеннолетний от 14 до 18 лет;

-в момент причинения вреда - **неволеспособен**, поэтому освобождается от ответственности и вред остается невозмещенным;

-в зависимости от причин, повлекших неправомерные действия, ответственность дифференцируется: по п.2 ст. 1006-сам привел себя в такое состояние путем злоупотребления спиртными напитками, наркотическим средствами или иным способом и не мог понимать значение своих действий или руководить ими – не освобождается от ответственности; по п.1 ст. 1006-освобождается от ответственности;

-если вред причинен жизни или здоровью потерпевшего, суд вправе возложить на причинителя вреда обязанность возместить его полностью или частично;

--суд учитывает имущественное положение потерпевшего и самого причинителя вреда, а также другие обстоятельства;

-суд может возложить обязанность по возмещению вреда на супруга и ближайших родственников причинителя вреда (родителей, совершеннолетних детей), если они знали о психическом расстройстве причинителя вреда, но не ставили своевременно вопрос о признании его недееспособным и учреждении опеки (к ответственности указанные лица могут быть привлечены лишь при условии их трудоспособности и совместного проживания с психически больным гражданином);

-если задействован источник повышенной опасности, то ст. 1006 не применяется, так как применяется ответственность за случай.

 Следовательно, исходя из вышесказанного, существуют **серьезные различия между правоспособностью и дееспособностью физических лиц:**

-правоспособность не связана с возрастом гражданина, а дееспособность находится в прямой от него зависимости;

-на правоспособность не влияет состояние здоровья физического лица, а его дееспособность нередко предопределяется серьезными отклонениями в состоянии здоровья субъекта права;

-правоспособность относится к стабильным понятиям, не подлежащим изменению (c момента рождения и сопровождает гражданина до его смерти), в то время как дееспособность может расширяться и, наоборот, сокращаться в своем объеме в случаях, предусмотренных законом;

-правоспособность не предопределяется законом, она свойственна природе человека (естественное право), а дееспособность основывается на законе.

 Таковы наиболее существенные различия между правоспособностью и дееспособностью. Поэтому их невозможно объединить, слить воедино даже с помощью термина “правосубъектность“, “праводееспособность”.

**в) Ответственность за вред, причиненный жизни и здоровью гражданина**

Данный вид обязательств регулируется статьями 1012-1022 ГК КР. Вред, причиненный жизни или здоровью гражданина, выражается либо в наступлении смерти, либо в нанесении травмы или увечья.

 Причинение вреда жизни или здоровью гражданина дает основание требовать компенсации имущественных потерь и морального вреда. Если имущественного вреда не возникло, хотя вред здоровью причинен, у потерпевшего есть право на возмещение морального вреда.

 Условием ответственности за вред здоровью или жизни гражданина является вина, кроме случаев причинения вреда источником повышенной опасности, а также незаконным актом правоохранительного органа или суда (ст. 999 ГК).

 Причинная связь в рассматриваемой области правоотношений должна усматриваться:

-между действиями (бездействием) причинителя вреда и повреждением здоровья или смерти гражданина;

-между повреждением здоровья (смертью) потерпевшего и имущественными потерями, выразившимися в утрате заработка, дополнительных расходов и т.п.

**Ответственность за вред, причиненный повреждением здоровья**.

 В результате увечья, профессионального заболевания или иного повреждения здоровья имущественные потери гражданина могут выражаться в утрате им заработка (**дохода**), которого он лишился полностью или частично в связи с потерей трудоспособности или ее уменьшением, а также в **дополнительных расходах,** которые гражданин вынужден нести в связи с повреждением здоровья.

 **а) Ущерб в виде утраченного заработка (дохода)** определяется с учетом двух факторов:

-среднего месячного заработка (дохода) потерпевшего до увечья или иного повреждения здоровья либо до утраты им трудоспособности. Если потерпевший до повреждения его здоровья не работал, то среднемесячный заработок определяется исходя из обычного размера вознаграждения работника его квалификации в данной местности, но не менее 5 – кратного расчетного показателя (ст. 1014 ГК);

-степени утраты потерпевшим профессиональной трудоспособности, а при отсутствии профессиональной трудоспособности-степени утраты общей трудоспособности.

 Различают временную и стойкую утрату трудоспособности. При **временной утрате трудоспособности** гражданин, как правило, считается полностью нетрудоспособным и, следовательно, лишается в этот период всего своего заработка (дохода). Временная нетрудоспособность удостоверяется листком временной нетрудоспособности, выдаваемым лечебным учреждением.

 **Стойкая утрата трудоспособности** определяется учреждениями государственной службы медико-социальной экспертизы либо судебно-медицинской экспертизы. При этом необходимо установить, в какой мере травма или увечье затрудняют осуществление прежней профессиональной деятельности.

Соответственно различают полную и частичную утрату профессиональной трудоспособности. Степень такой утраты лежит в основе признания гражданина инвалидом 1, 2 или 3 группы.

При **полной стойкой утрате профессиональной трудоспособности** размер возмещения равняется размеру среднемесячного заработка (дохода) работника.

При **частичной стойкой утрате профессиональной трудоспособности** размер возмещения зависит от процента сохранившейся у гражданина способности к труду по его профессии (если сохранилось 80 % профессиональной трудоспособности, размер возмещения составляет 20 % от среднего месячного заработка).

 При отсутствии у лица профессиональной трудоспособности учитывается степень утраты им общей трудоспособности, т.е. способности к неквалифицированному труду, не требующему специальных знаний и навыков.

 Реальный размер возмещения может быть снижен, если возникновению или увеличению вреда содействовала грубая неосторожность самого потерпевшего (ст. 1011 ГК).

 При определении размера возмещения пенсия по инвалидности, а равно другие пенсии, пособия и иные выплаты не учитываются. Объем и размер возмещения вреда, причитающегося потерпевшему в соответствии со ст. 1013 ГК могут быть увеличены законом или договором.

Если трудоспособность возросла, размер возмещения может быть уменьшен. Причинитель вреда может требовать уменьшения размера возмещения, если его имущественное положение ухудшилось (в связи с инвалидностью, достижением пенсионного возраста при условии, что вред причинен неумышленными действиями).

 **б) Ущерб в виде дополнительных расходов.** Дополнительные расходы должны быть возмещены при условии, что они являются обоснованными и доказанными и что соответствующие виды помощи не были предоставлены потерпевшему бесплатно.

 К **дополнительным расходам** относятся расходы на:

-дополнительную медицинскую помощь, в том числе на дополнительное питание и приобретение лекарств;

-посторонний (специальный медицинский и бытовой) уход, в том числе осуществляемый членами семьи;

-санаторно-курортное лечение, включая оплату отпуска на весь период лечения и проезд к месту лечения и обратно, а также стоимости проезда потерпевшего, а в необходимых случаях и стоимости проезда сопровождающего его лица к месту лечения и обратно, их проживания и питания;

-протезирование, а также приобретение приспособлений, необходимых потерпевшему для трудовой деятельности и в быту;

-обеспечение специальными транспортными средствами, их текущий и капитальный ремонт и оплату расходов на горюче-смазочные материалы;

-профессиональное обучение (переобучение).

 Нуждаемость в перечисленных видах помощи и ухода должна быть подтверждена заключением медико-социальной экспертизы, а в спорных случаях судом. Произведенные расходы определяются на основании счетов, чеков, накладных и т.п.

 Размер возмещения дополнительных расходов не подлежит уменьшению в связи с грубой неосторожностью потерпевшего.

 Особенности возмещения **вреда при повреждении здоровья несовершеннолетних**:

-при причинении вреда здоровью несовершеннолетних до 14 лет возмещению подлежат лишь дополнительные расходы;

-при причинении вреда здоровью несовершеннолетних в возрасте от 14 до 18 лет, не имеющих заработка, возмещаются дополнительные расходы и вред, связанный с утратой трудоспособности (или ее уменьшением), исходя из 5-кратного размера расчетного показателя.

По достижении 14 лет такое же возмещение устанавливается и лицам, здоровье которых было повреждено в малолетнем возрасте. Если несовершеннолетний имел заработок, то вред возмещается исходя из размера этого заработка, но не ниже 5-кратного расчетного показателя. В последующем размер возмещения может быть пересмотрен и установлен с учетом получаемого заработка, но не ниже вознаграждения, установленного по занимаемой им должности или заработка работника той же квалификации по месту его работы (ст.1015 ГК).

**Ответственность за вред, причиненный смертью кормильца** (п.1 ст. 1016 ГК).

К числу **лиц, имеющих право на возмещение вреда** в связи со смертью кормильца, относятся:

-нетрудоспособные лица, состоявшие на иждивении умершего или имевшие ко дню его смерти право на получение от него содержания;

-ребенок умершего, родившийся после его смерти;

-один из родителей, супруг либо другой член семьи независимо от его трудоспособности, который не работает и занят уходом за находившимися на иждивении умершего его детьми, внуками, братьями и сестрами, не достигшими четырнадцати лет либо хотя и достигшими указанного возраста, но по заключению медицинских органов нуждающимися по состоянию здоровья в постороннем уходе;

-лица, состоявшие на иждивении умершего и ставшие нетрудоспособными в течение пяти лет после его смерти;

 Один из родителей, супруг либо другой член семьи, не работающий и занятый уходом за детьми, внуками, братьями и сестрами умершего и ставший нетрудоспособным в период осуществления ухода, сохраняет право на возмещение вреда после окончания ухода за этими лицами.

 В соответствии с п. 2 ст. 1016 ГК **вред возмещается:**

- несовершеннолетним-до достижения 18 лет;

-учащимся старше 18 лет-до окончания учебы по очной форме обучения, но не более чем до 23 лет;

-женщинам и мужчинам пенсионного возраста - пожизненно;

-инвалидам - на срок инвалидности;

-одному из родителей, супругу либо другому члену семьи, занятому уходом за находившимися на иждивении умершего его детьми, внуками, братьями и сестрами-до достижении ими 14 лет либо изменения состояния здоровья.

**Размер возмещения вреда, понесенного в случае смерти кормильца** (ст.1017 ГК).

 Лицам, имеющим право на возмещение вреда в связи со смертью кормильца, вред возмещается в размере той доли заработка (дохода) умершего, которую они получали или имели право получать на свое содержание при его жизни.

 При определении размера возмещения этим лицам в состав доходов умершего наряду с заработком (доходом) включаются и получаемые им при жизни пенсия, пожизненное содержание и другие подобные выплаты.

 Установленный каждому из имеющих право на возмещение вреда в связи со смертью кормильца размер возмещения, по общему правилу, дальнейшему пересчету не подлежит. Из этого правила имеется два исключения:

-рождение ребенка после смерти кормильца;

-назначение или прекращение выплаты возмещения лицам, занятым уходом за детьми, внуками, братьями и сестрами умершего кормильца.

 Суммы, выплачиваемые гражданам в связи со смертью кормильца, подлежат индексации при повышении стоимости жизни (ст. 1019 ГК).

 Согласно ст. 1022 ГК возмещаются также расходы на погребение. Возмещение производится лицом, ответственным за вред, вызванный смертью потерпевшего, в пользу лица, понесшего эти расходы. Пособие на погребение, полученное гражданами, понесшими эти расходы, в счет возмещения вреда не засчитываются.

**Порядок возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью гражданина**.

-при причинении вреда организацией, а также действиями другого гражданина потерпевший вправе обратиться в суд, если только вред не будет возмещен в добровольном порядке;

-исковое заявление принимается к производству суда только после состоявшегося решения администрации предприятия, с которым не согласились потерпевший, члены семьи умершего, либо их требования не были рассмотрены администрацией предприятия в установленный срок. Решение оформляется приказом администрации предприятия. В нем указывается размер возмещения вреда на каждого члена семьи и сроки выплаты;

-на требования о возмещении вреда жизни и здоровью исковая давность не распространяется (ст.221 ГК). Требования, предъявленные по истечении трех лет с момента возникновения права на возмещение вреда, удовлетворяются за прошлое время не более чем за три года, предшествующие предъявлению иска;

-возмещение вреда по общему правилу производится ежемесячными платежами. Доставка и пересылка указанных сумм производится за счет лица, ответственного за причинение вреда. При наличии уважительных причин суд может присудить причитающиеся платежи единовременно, но не более чем за 3 года;

-суммы, полученные в счет возмещения вреда, не могут быть взысканы обратно, исключение составляют случаи недобросовестности;

-в случае смерти гражданина, ответственного за причинение вреда, обязанность по его возмещению переходит на его наследников в пределах стоимости наследственного имущества (ст.1120 ГК);

-при реорганизации юридического лица, признанного ответственным за вред, причиненный жизни и здоровью, обязанность по выплате соответствующих платежей несет его правопреемник;

-если юридическое лицо ликвидируется, платежи должны быть капитализированы для выплаты их потерпевшему;

-в случаях, когда капитализация платежей не может быть произведена ввиду отсутствия или недостаточности имущества у ликвидируемого юридического лица, присужденные суммы выплачиваются потерпевшему государством в порядке, предусмотренном законом.

**г) Ответственность за вред, причиненный вследствие недостатков товаров, работ или услуг (ст.1023-1026 ГК).**

По правилам ст. 1023-1026 ГК возмещению подлежит только вред, возникший вследствие **конструктивных, рецептурных или иных недостатков** товара, работы или услуги либо вследствие **недостоверной** или **недостаточной информации** о них (ст. 1023 ГК).

 **Конструктивными недостатками** являются недостатки, заложенные в самих изделиях и новшествах, на основе которых товар был изготовлен. Зачастую они не зависят от процесса изготовления, от соблюдения технологии изготовления, ибо сами технические идеи и решения, заложенные в конструкции товара способны при определенных обстоятельствах причинить вред.

 **Рецептурные недостатки** - это те недостатки, что вызваны нарушением объемов, соотношения тех или иных компонентов изделия, в результате которых товар (изделие) причиняет потребителю вред.

 **К иным недостаткам** относятся производственный брак и любые недостатки, которые способны причинить вред.

При отсутствии причинно-следственной связи между указанными обстоятельствами и возникшим вредом последний возмещается на общих основаниях.

 Частным случаем является причинение вреда вследствие недостаточной (неполной) или недобросовестной информации о товаре, работе или услуге. Такая информация должна содержать обозначение стандартов, обязательным требованиям которых должны соответствовать товары; сведения об основных потребительских свойствах товара; в отношении продуктов питания сведения о составе, о весе, объеме, калорийности продуктов, о содержании в них вредных для здоровья веществах и т. д.

 Право на возмещение вреда, причиненного вследствие недостатков либо недостоверной или недостаточной информации о товаре (работе или услуге), имеет всякий потерпевший, независимо от того, состоял ли он в договорных отношениях с продавцом (изготовителем товара, исполнителем работы или услуги) или нет.

 В роли потерпевшего могут выступать как граждане, так и юридические лица. Однако нормы параграфа 3 главы 51 ГК применяются только к случаям приобретения товара (выполнения работы или оказания услуги) в **потребительских целях**, а не для использования в предпринимательской деятельности (на общих основаниях).

 Ответственность несут продавец и изготовитель либо исполнитель. Причем право выбора, к кому из них предъявить требование, принадлежит самому потерпевшему. Их можно привлечь к ответственности и вместе как соответчиков.

**Условия ответственности**:

-действия продавца (изготовителя товара или исполнителя услуги) являются противоправными (передача товара с таким недостатками, которые способны причинить вред жизни, здоровью или имуществу гражданина или имуществу юридического лица).

 Непредставление полной и достоверной информации о товаре, работе, услуге противоправно во всех случаях, когда это может послужить причиной возникновения вреда как вследствие неправильного использования товара (результата работы), так и из-за отсутствия у товара тех свойств, которые ему приписывались;

-вред выражается в порче или уничтожении имущества потерпевшего, в расходах на восстановление здоровья, утрате заработка (доходов) в связи со снижением (утратой) трудоспособности и т.п.;

-имущественный вред подлежит возмещению в полном объеме в натуре либо путем компенсации убытков;

-имеется причинно-следственная связь между вредом и недостатками товаров (работы или услуги), а также между вредом и отсутствием у потерпевшего полной и достоверной информации о товаре (работе, услуге). Бремя доказывания этой связи, равно как и обоснование размера вреда, возлагается на самого потерпевшего;

-сохраняются сроки привлечения к ответственности, которые приурочены к **срокам годности** или службы товара (работы или услуги), а если срок годности или службы не установлен, то он считается равным 10 годам со дня производства товара (работы или услуги).

 **Срок годности** товара - это срок, по истечении которого товар считается непригодным для использования по назначению. День производства товара определяется по отметке в паспорте на товар, ином документе, выдаваемом заводом-изготовителем, в других документах, выдаваемых вместе с товаром.

 День выполнения работы или оказания услуги определяется по акту приемки-передачи или иному документу, свидетельствующему об окончании работы или услуги. Применяем также Закон КР о защите прав потребителей.

 В этом случае обязательно устанавливаются сроки службы товаров (работ или услуг), которые по истечении определенного периода времени могут представлять опасность для жизни или здоровья граждан-потребителей.

На продукты питания, парфюмерно-косметические товары, медицинские препараты, товары бытовой химии обязательно устанавливается срок годности.

 **За пределами этих сроков вред возмещается, когда**:

-в нарушение требований закона срок службы не установлен (изделие представляет опасность и по истечении 10 лет);

-лицо, которому продан товар (выполнена работа или оказана услуга), не было предупреждено о необходимых действиях по истечении срока годности или срока службы и о возможных последствиях невыполнения указанных действий.

 Субъективная сторона правонарушения состоит в том, что вред возмещается независимо от вины продавца (изготовителя) товара или исполнителя работы или услуги. Продавец (изготовитель) товара, исполнитель работы (услуги) освобождается от ответственности за вред, причиненный потерпевшему, только в двух случаях:

-при возникновении вреда вследствие непреодолимой силы;

-при нарушении потребителем установленных **правил пользования товаром**.

Обычно **правила пользования товаром,** его хранения прилагаются к товару либо указаны в документах, оформляющих приемку товаров, работ или услуг в различного рода сертификатах качества, актах, паспортах и т.п.

 Информация об упомянутых правилах доводится до потребителя в технической документации, прилагаемой к товарам (работам или услугам) на этикетках, маркировке и т.д. Бремя доказывания наличия данной документации закон возлагает на продавца или изготовителя товара, исполнителе работ (услуг). Потребителем может быть и юридическое лицо, однако цель приобретения товара может быть только потребительская.

 Что понимается под понятием **“непреодолимая сила”** или так называемых форс-мажорных обстоятельствах? Непреодолимая сила характеризуется тем, что носит чрезвычайный характер и непредотвратимость наступления вреда при данных обстоятельствах.

 Ранее непреодолимая сила понималась как **событие**, не зависящее от воли людей (например, стихийные бедствия), теперь включает и такие обстоятельства, как **социальные явления** (военные действия, межнациональные конфликты, запрет ввоза и вывоза в страну какого-либо товара и т.д.), а не только природные явления.

 Термин непреодолимая сила происходит от латинского слова “vis major“, французское “force majeure“ и означает чрезвычайное и непредотвратимое при данных условиях событие.

 В гражданском праве **непреодолимая сила** является обстоятельством, освобождающим от ответственности (как договорной, так и внедоговорной).

 Непреодолимая сила - внешнее по отношению к деятельности лица, нарушившего договорное обязательство или причинившего внедоговорной (деликтный) вред, природное или общественное событие, воздействующее на деятельность невиновного правонарушителя и вызывающее вредные последствия, которые не могут быть предотвращены не только обязанным в данном правоотношении лицом, но и однотипными с ним по роду и условиям деятельности лицами.

 Поэтому даже в тех случаях, когда закон возлагает на должника ответственность за неисполнение обязанности, возникающей из договора или деликта, не только за вину, но и за случайное, т.е. безвиновное причинение вреда, такая ответственность простирается лишь до пределов непреодолимой силы (например, вред, причиненный источником повышенной опасности).

 В некоторых случаях закон возлагает ответственность за причинение вреда даже действием непреодолимой силы. Например, воздушно-транспортная организация отвечает за смерть или повреждение здоровья, причиненное пассажиру при воздушной перевозке, независимо от наличия или отсутствии вины и при действии непреодолимой силы, если не докажет, что вред возник вследствии умысла самого потерпевшего (п.1 ст. 1007).

 Течение срока исковой давности приостанавливается, если предъявлению иска препятствовала непреодолимая сила.

**2. Обязательства, возникающие вследствие неосновательного обогащения**

**а) Понятие, элементы и основания возникновения обязательств из неосновательного обогащения**

В соответствии со ст. 1029 ГК лицо, которое без установленных законом или сделкой оснований приобрело или сберегло имущество (приобретатель) за счет другого лица (потерпевшего), обязано возвратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное имущество (**неосновательное обогащение**), за исключением случаев, предусмотренных статьей 1036 ГК КР.

Примеры **неосновательного обогащения:**

-покупатель дважды оплатил полученную по договору поставки продукцию;

-договор купли-продажи квартиры не был оформлен в установленном порядке, а покупатель уплатил продавцу обусловленную сумму, не став собственником квартиры;

-браконьер добыл в лесу дичь, не имея на то законных оснований;

-взяточник получил от взяткодателя имущество, деньги;

-в результате половодья заготовленный для сплава лес одной организации был смыт и прибит к лесу другой.

 В этих примерах лицо не просто получило имущество в свое фактическое обладание, но и приобрело на него права, которые возникли при отсутствии на то законных оснований.

 Примеры неосновательного сбережения:

-один из нанимателей коммунальной квартиры заплатил за своего соседа квартплату и коммунальные услуги;

-банк по платежному поручению одного юридического лица ошибочно списал деньги со счета другого юридического лица.

 Например, не образуют неосновательного сбережения, например, невозврат долга или неоплата поставленной продукции по договору поставки, неуплата алиментов, неисполнение обязанности по возмещению вреда, причиненного преступлением, поскольку в этих и других подобных случаях должник обязан понести имущественные потери в силу заключенного договора или состоявшегося решения суда.

 **Таким образом, при неосновательном приобретении увеличивается имущество приобретателя, а при неосновательном сбережении количество принадлежащего ему имущества остается прежним, хотя должно было уменьшится.**

Интересы лиц, которым соответствующее имущество должно было принадлежать, не могут быть защищены на основании ст. 289 ГК в порядке предъявления **виндикационного иска,** так как здесь отсутствует фактическое владение чужими индивидуально-определенными вещами, которые могут быть истребованы собственником из чужого незаконного владения (виндикация).

 Вместо виндикационого иска потерпевший может воспользоваться специальным институтом обязательств **(кондикционных)**, возникающих вследствие неосновательного обогащения.

 **Условия возникновения обязательств:**

-обогащение одного лица происходит за счет другого лица;

-обогащение произошло при отсутствии к тому законных оснований или последующем их отпадении (например, завещание, составленное в полном соответствии с законом, впоследствии признано недействительным).

 При этом не имеет значения, явилось ли неосновательное обогащение результатом поведения обогатившегося, самого потерпевшего, третьих лиц или произошло помимо их воли, например зачисление поступающих в банк денег на счет клиента, которому они не предназначены.

 В данном случае приобретатель может не только не содействовать такому неосновательному приобретению, но и не знать о своем обогащении. У него может сложиться ошибочное представление о том, что это имущество принадлежит ему.

 **Субъекты обязательства из неосновательного обогащения**:

-лицо, которое неосновательно приобрело или сберегло имущество (**должник)**;

-лицо, имеющее право на получение от должника неосновательно приобретенного или сбереженного имущества (**кредитор**).

 **Объектом обязательства** является действие должника по возврату потерпевшему (кредитору) неосновательно приобретенного или сбереженного имущества. Если неосновательно обогатившемуся никто не противостоит (например, браконьер), то неосновательное обогащение взыскивается в бюджет.

 **Основания возникновения обязательства.**

 **Юридические факты,** обосновывающие факт **неосновательного обогащения.**

Обязательства из **неосновательного обогащения** схожи с виндикацией, поскольку в обоих случаях цель заключается в возврате имущества в натуре и возвращении доходов, которые приобретатель извлек или должен был извлечь за время неосновательного пользования имуществом потерпевшего с того момента, когда должник узнал или должен был узнать о неосновательности своего обогащения. Отличие же заключается в том, что при виндикации собственнику возвращается именно та вещь, которой он лишился (индивидуально-определенная вещь) и которая сохранилась в натуре.

 А в обязательствах из неосновательного обогащения потерпевшему возвращается вещь из числа однородных. Причем возвращается независимо от того, как она выбыла из владения потерпевшего, в то время как при виндикации собственник вправе истребовать свое имущество от добросовестного приобретателя, к которому оно перешло во возмездной сделке, при условии, что она выбыла из его владения помимо его воли (Голованов Н.М. Обязательственное право. Санкт-Петербург. ПИТЕР.2002.C.371.).

 Юридические факты могут быть как предусмотренные, так и не предусмотренные законом.

**б) Содержание обязательств из неосновательного обогащения**

Согласно ст.1030 ГК - обязательства из неосновательного обогащения имеют следствием требования о возврате неосновательного обогащения независимо от **оснований их возникновения**, в том числе:

- о возврате исполненного по недействительной сделке (сделка признана недействительной, хотя до этого стороны считали, что действуют правомерно);

- об истребовании имущества собственником из чужого незаконного владения (помимо оснований, указанных в ст. 290,291 ГК);

- о возврате ошибочно исполненного по действительной сделке (например, дважды оплаченное);

- о возмещении вреда (например, неосновательно приобретенное имущество), в том числе причиненного недобросовестным поведением обогатившегося лица, помимо ответственности по деликтам.

 **Объем возмещения (ст.1031-1032)**:

- при наличии возможности имущество, составляющее неосновательное обогащение, возвращается в натуре (равноценное имущество);

- при отсутствии такой возможности компенсируется его стоимость на момент приобретения, а также убытки, вызванные последующим изменением стоимости имущества, если приобретатель не возместил стоимость имущества немедленно после того, как узнал или должен был узнать о своем неосновательном обогащении;

- приобретатель возмещает недостачу или ухудшение неосновательно приобретенного или сбереженного, происшедших после того, как он узнал или должен был узнать о неосновательности обогащения, независимо от вины (до этого он отвечает лишь за умысел и грубую неосторожность. Простая неосторожность не учитывается);

- возвращаются или возмещаются потерпевшему все доходы, которые извлечены или должны были быть извлечены из этого имущества с того времени, когда лицо узнало или должно было узнать о неосновательности обогащения;

- на сумму неосновательного обогащения подлежат начислению проценты за пользование чужими денежными средствами с того времени, когда приобретатель узнал или должен был узнать о неосновательности получения или сбережения денежных средств (ст.360). Доходы или иные выгоды, полученные им до этого времени, не подлежат возврату или возмещению.

Неосновательное обогащение может выражаться в приобретении (сбережении) имущественных прав. Лицо, передавшее путем уступки требования или иным образом принадлежащее ему право другому лицу на основании несуществующего или недействительного обязательства, вправе требовать восстановления прежнего положения, в том числе возвращения ему документов, удостоверяющих переданное право (ст.1033 ГК);

-при возврате неосновательно полученного или сбереженного имущества или возмещения его стоимости приобретатель вправе требовать от потерпевшего возмещения понесенных им на имущество необходимых затрат с того момента, с которого он обязан возвратить доходы. Указанное право на возмещение затрат утрачивается в случае, когда приобретатель умышленно удерживал имущество, подлежащее возврату (ст.1035 ГК).

 Неосновательное обогащение, **не подлежащее возврату** в случаях, прямо указанных в ст.1036 ГК:

-имущество, переданное во исполнение обязательства до наступления срока исполнения, если обязательством не предусмотрено иное;

-имущество, переданное во исполнение обязательства по истечении срока исковой давности;

-заработная плата и приравненные к ней платежи, пенсии, пособия, стипендии, возмещение вреда, причиненного жизни или здоровью, алименты и иные денежные суммы, предоставленные гражданину в качестве средства к существованию, при отсутствии недобросовестности с его стороны и счетной ошибки;

-денежные суммы и иное имущество, предоставленные во исполнение несуществующего обязательства, если приобретатель докажет, что лицо, требующее возврата имущества, знало об отсутствии обязательства либо предоставило имущество в целях благотворительности.

 **Разграничение кондикционных обязательств с деликтными обязательствами.**

Можно сделать **выводы** о том, что обязательства из неосновательного обогащения имеют сходство с обязательствами из причинения вреда, так как в обоих случаях потерпевший имеет право требовать возмещения убытков в полном объеме.

 Но между этими видами обязательств **существуют значительные различия:**

**-**обязательства из неосновательного обогащения могут возникнуть не только вследствие действий приобретателя, третьих лиц, но и в результате действий самого потерпевшего, а также события. Обязательства же из причинения вреда возникают только вследствие неправомерных действий причинителя вреда, как правило, в случае совершения правонарушения, т.е. виновных действий;

-обязательства из неосновательного обогащения могут возникнуть и на основе правомерных действий, и на основе событий, т.е. в данном виде обязательств вина приобретателя значения не имеет. Обязательства же из причинения вреда обеспечивают восстановление имущественной сферы потерпевшего по принципу полного возмещения, а в обязательствах из неосновательного обогащения ущерб возмещается в том размере, в котором должник обогатился. (см. по данному вопросу: Гражданское право: Учебник. Ч.II / Под ред. А.П. Сергеева и Ю.К. Толстого. М.: Проспект, 1997.C.769-772.)

В свое время О.С. Иоффе отмечал, что кондикционные и деликтные обязательства должны разграничиваться по принципу наличия вины: если есть вина причинителя-налицо обязательство из причинения вреда, нет его вины-возникает обязательство из неосновательного обогащения (Обязательственное право. М. 1975. С.867).

Данная позиция, долгое время признававшаяся основной в трудах ученых, и сегодня поддерживается некоторыми цивилистами. Однако, в настоящее время, данная точка зрения нашла в юридической литературе обоснованную критику.

 В той или иной мере приведенные доводы несостоятельности критерия вины при разграничении кондикционного и деликтного обязательств можно проследить через действующее законодательство. Так, глава 51 ГК КР предусматривает некоторый перечень разновидностей деликтных обязательств, когда таковые могут возникнуть и при отсутствии виновного поведения причинителя вреда.

 В первую очередь речь идет о источнике повышенной опасности (ст.1007 ГК), когда владелец источника повышенной опасности несет деликтную ответственность независимо от вины перед потерпевшим.

Вина не принимается во внимание также при причинении вреда гражданину действием правоохранительных органов и органов правосудия (ст.999 ГК).

Таким образом, вина хотя и выступает условием возникновения деликтной ответственности, однако отнюдь не является обязательным условием возникновения таковой.

Что касается условий возникновения кондикционного обязательства, то ст. 1029 ГК ничего не говорит об отсутствии вины как необходимом условии возникновения обязательства из неосновательного обогащения. Следовательно, под существо кондикционного обязательства можно подвести любое обогащение.

 Однако необходимо учитывать, что даже поведение, чтобы стать основанием обогащения, имеет свои пределы. Речь идет о тех случаях, когда определение поведения как недобросовестного или, наоборот, добросовестного может явиться достаточным основанием в отказе квалификации приобретенного имущества в качестве неосновательного обогащения. Такие случаи прямо предусмотрены законом (п.3,4 ст.1036 ГК).

 **Например,** при переезде с одной квартиры на другую с автомобиля семьи Ивановых случайно выпала сумка с вещами, которую впоследствии обнаружил гражданин Петров. Он принес сумку домой и поставил ее на балкон. После продолжительного дождя вещи, находящиеся в сумке, пришли в негодность. При квалификации возникших отношений не вызывает сомнений, что речь идет о неосновательности обогащения Петрова за счет имущества семьи Ивановых.

Тем не менее имуществу был причинен вред недобросовестным поведением обогатившегося лица. Таким образом, несмотря на то, что для защиты нарушенного права Ивановых подлежит применению кондикционное требование о возврате имущества, составляющего неосновательное обогащение, характер и размер вреда будет определяться по правилам о деликтах. (см:, Соломина Н.Г. К вопросу о возможности разграничения кондикционного и деликтного требования по критерию вины /”Юрист”. N 11.2007).

**ТЕМА: ВОЗМЕЩЕНИЕ МОРАЛЬНОГО ВРЕДА**

**1.Понятие морального вреда**

**2.История возникновения института возмещения морального вреда**

**3.Основания и порядок возмещения вреда**

**4.Определение размера возмещения вреда: истцом и судом**

**5.Проблема возмещения вреда юридическому лицу**

**6.Проблема возмещения вреда при диффамации**

**1.Понятие морального вреда**

Институт компенсации морального вреда логично вписался в правовую модель, закрепленную в Конституции КР, согласно которой права и свободы
человека являются высшей ценностью. Каждый вправе **защищать свои права
и свободы всеми способами, не запрещенными законом.** Одним из таких способов защиты гражданских прав выступает компенсация морального вреда.

Этот **способ защиты состоит в возложении на нарушителя обязанности по выплате потерпевшему денежной компенсации за физические или нравственные страдания, которые тот испытывает в связи с нарушением его прав.**

Институт компенсации морального вреда способствует наиболее полной защите нематериальных благ и личных неимущественных прав человека, что, бесспорно, служит становлению и укреплению демократического правопорядка в обществе.

**Например**, широк круг социальных связей вобществе современного человека, велика его зависимость от государства и общества, и, следовательно, высока вероятность претерпевания человеком многочисленных обид на своем пути. Незаконное увольнение работника; врачебная ошибка, приведшая к потере трудоспособности; сгоревшая в результате неисправности телевизора недавно купленная квартира; туристическая поездка, не состоявшаяся в результате незаконного отказа чиновника в выдаче заграничного паспорта; инвалидность, наступившая вследствие неудачно проведенной операции, - эти и многие другие правонарушения могут быть совершены в отношении каждого человека, причиняя потерпевшему не малый вред.

Для правового государства характерно наличие высокого уровня обеспеченности прав и свобод человека, верховенство общечеловеческих ценностей. Ряд основополагающих международно-правовых актов, касающихся прав и свобод человека (Всеобщая декларация прав человека; Международный пакт о гражданских и политических правах и др.), предусматривают необходимость обеспечения основных прав человека. Конституция Кыргызской Республики ставит право на жизнь, здоровье, честь и достоинство в ранг **естественных** и **неотчуждаемых прав** личности, что предполагает их эффективную охрану и защиту.

Важнейшей задачей правового государства должно быть обеспечение наиболее справедливого, быстрого и эффективного восстановления нарушенного права и возмещение причиненного вреда. Теория гражданского права, выделяя два вида обязательств договорные и внедоговорные, называет и два вида гражданско - правовой ответственности: договорную, возникающую из нарушения договорных обязательств, и внедоговорную (деликтную ответственность) (*Пешкова О.А.* Компенсация морального вреда, Учеб. пособие М.: 2006 -С.34).

Договорная ответственность имеет **«вторичный» характер**, она вступает в действие только в случае нарушения договора. Если же обязательство исполнено надлежащим образом, вопрос об ответственности не возникает, ответственность не проявляет себя. Другими словами, добровольное выполнение обязанности стороной договорного обязательства ответственностью не является. Возмещение морального вреда является одним из **способов защиты** гражданских прав (ст.11 ГК КР).

**Моральный неимущественный вред - это** **физические** или **нравственные страдания**, причиненные действиями, посягающими на принадлежащие гражданину нематериальные блага (жизнь, здоровье, честь, достоинство, деловая репутация, неприкосновенность частной жизни и т.п.) либо нарушающими его личные неимущественные права (право на имя, право авторства и др.).

В теории права в зависимости от возможности исчисления и денежной оценки вред принято делить на **имущественный** и **неимущественный**, или так называемый **моральный вред** потерпевшего от противоправных действий какого-либо лица.

С начала 90-х годов законодательство пополнилось принципиально новым правовым институтом-компенсацией за нанесенный **моральный вред**. Следует отметить, что сам термин «моральный вред» употреблялся в юридической лексике и ранее, однако его характеристика полярно отличалась от нынешней.

«Денежное возмещение неимущественного или так называемого морального вреда, отмечалось в «Юридическом словаре» 1953 года, - как унижающее достоинство советского человека, согласно действующему законодательству, не может иметь места... ».

И через тридцать лет после издания этого словаря в юридической литературе по-прежнему утверждалась такая же позиция. Так, В. Смирнов и А. Собчак категорически указывали, что моральный вред (причем слово «моральный» бралось ими в кавычки) лишён экономического содержания и не подлежит материальному возмещению. (Смирнов В.Т., Собчак А.А. Общее учение о деликтных обязательствах в советском гражданском праве.- Л. 1983. C.59).

Таким образом, в течение длительного времени считалось, что моральный вред в социалистическом обществе возмещению вообще не подлежит. В обоснование этого обычно приводился аргумент – личность советского человека находится на столь недосягаемой высоте, что ее никак нельзя оценивать на деньги. Такая позиция была связана и с отсутствием чётких указаний в гражданском законодательстве.

Таким образом, практический интерес к вопросу о возмещении морального вреда возник, когда впервые была принята норма о его возмещении в Законе СССР «О печати и других средствах массовой информации» введенном в действие 1 августа 1990г.

Для более глубокого понимания сущности и содержания морального вреда необходимо уяснить смысл такого психического явления, как страдание.

В толковом словаре русского языка **страдание** определяется как «**физическая** или **нравственная боль, мучение**», а боль в свою очередь, связывается, с **«ощущением страдания»**. Таким образом, и боль, и страдания неразрывно связаны между собой.

Употребляются **две разновидности страданий: страдания нравственные и страдания физические.** Вместе с тем, понятие «нравственность» и производное от него прилагательное «нравственный» имеют несколько смысловых оттенков. Прежде всего, **нравственность** - это правила, определяющие поведение человека в обществе, но кроме этого в понятие нравственности вкладываются «**духовные, душевные качества**, необходимые человеку в обществе, а также выполнение этих правил поведения». Наконец, понятие «нравственный» употребляется не только по отношению к человеку, соблюдающему требования нравственности, но и как прилагательное, характеризующее то или иное явление, «относящееся к внутренней, духовной жизни человека».

С этой точки зрения нравственные или душевные страдания человека напрямую связаны с его **глубинными личностными структурами**, которые подвергаются посягательству, что и вызывает у него столь сильную ответную эмоциональную реакцию в виде **отрицательных переживаний, называемых страданиями**.

Поскольку с помощью понятий «личность», «личностный» раскрывается включенность человека в общественные отношения, его положение в обществе, есть все основания утверждать,, что **источником нравственных страданий** субъекта являются, прежде всего, посягательства на его **социальный статус**, **честь** и **достоинство, личные убеждения** (если они, разумеется, не носят антиобщественный, противоправный характер), на его **самооценку**, сложившуюся систему его **межличностных отношений**.

Все это, безусловно, связано с правами человека и его свободами,
гарантированными Конституцией КР. Поэтому **посягательства на его неприкосновенность, свободу, мировоззрение, ценностные ориентации, то есть на все-то, что позволяет ему быть, оставаться личностью в обществе могут, вызвать нравственные (душевные) страдания. Например,** принудительное лишение глубоко верующего человека возможности участия в отправлении тех или иных религиозных обрядов, принуждение его к выполнению действий, противоречащих его религиозным взглядам, несомненно посягают на его мировоззрение, ценностные ориентации, личностные установки, совесть и вследствие этого не могут не вызывать у него неприятных переживаний в виде нравственных страданий. Лица, виновные в этом, представляется, должны по закону компенсировать ему причиненный своими противоправными действиями моральный вред.

Принципиально новой в этом отношении правовой нормой является ст. 1027 ГК КР, которая предусматривает право граждан на возмещение морального вреда, причиненного неправомерными действиями. Определения понятия **«моральный вред»** дал Пленум Верховного Суда КР в постановлении «Некоторые вопросы судебной практики применения законодательства о возмещении морального вреда» от 4 ноября 2004 года N 11.

«Под **моральным вредом** понимаются **нравственные** или **физические страдания**, причиненные действиями (бездействием), посягающими на принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона **нематериальные блага** (жизнь, здоровье, достоинство личности, деловая репутация, неприкосновенность устной жизни, личная и семейная тайна и т. п.), или нарушающим его **личные неимущественные права** (право на пользование своим именем, право авторства и другие неимущественные права в соответствии с законами об охране прав на результаты интеллектуальной деятельности) либо нарушающими имущественные права гражданина. Моральный вред, в частности, может заключаться в нравственных переживаниях в связи с утратой родственников, невозможностью продолжать активную общественную жизнь, потерей работы, раскрытием семейной, врачебной тайны, распространением не соответствующих действительности сведений, порочащих честь, достоинство и деловую репутацию гражданина, временным ограничением или лишением каких-либо прав, физической болью, связанной с причиненным увечьем, иным повреждением здоровья либо в связи с заболеванием, перенесенным в результате нравственных страданий и др.» (См.: Эрделевский А. М. Моральный вред: соотношение с другими видами вреда.//Российская юстиция. 1998. №б. С. 20).

Моральный вред часто более чувствителен и более остро заставляет страдать потерпевшего, чем имущественный вред, он как таковой не может быть возмещен, но он может быть хоть как-нибудь компенсирован. Ввиду отсутствия иного, лучшего способа дать потерпевшему удовлетворение, этим способом может служить и служит денежная компенсация.

При оценке морального вреда суд основывается на специфических особенностях каждого дела, на степени и характере морального вреда, на имущественном положении ответчика и потерпевшего.

Причинение морального вреда личности представляет собою также форму вреда, причиняемого не имуществу потерпевшего, а его личности - физической или моральной - и косвенно отражающейся на его имущественном положении, примером тому является лишение жизни кормильца либо лишение или ограничение трудоспособности лица.

Что касается **физических страданий** (второго вида страданий), то
они (в отличие от нравственных страданий), связаны с **причинением
человеку физической боли, мучений**, всегда сопутствующих нанесению
телесных повреждений, различного рода увечий, истязаний, заражению
какой- либо инфекцией, заболеванию, которое может быть результатом, в
том числе и перенесенных нравственных страданий.

**Физический (органический) вред** - это вред материализованный; негативные изменения происходят в организме под влиянием определенных внешних воздействий. Эти изменения в свою очередь приводят или могут привести к изменениям в состоянии **психического благополучия** и (или) в **имущественной сфере личности.**

Негативные изменения в состоянии психологического благополучия могут выражаться в обоего рода страданиях (**моральный вред**), а негативные изменения в имущественной сфере - в расходах, связанных с компенсацией недостатков в организме потерпевшего, и утрате дохода (**имущественный вред**). Следовательно, любой органический вред в целях его возмещения распадается на моральный и имущественный.

**Например**, гражданин получает увечье в результате ДТП. Увечье, т.е.
повреждение организма, представляет собой органический вред. Он
вызывает физические страдания у потерпевшего в момент причинения увечья
и в процессе последующего лечения. Одновременно осознание своей неполноценности, невозможности вести равноценную прежнюю жизнь, утрата работы заставляют его переживать нравственные страдания.

 **В совокупности нравственные и физические страдания составляют моральный вред, который при наличии других необходимых условий должен быть в соответствии со ст. 1028 ГК КР компенсирован в денежной форме.**

Чтобы поддерживать свое существование и вести достойный образ жизни,
потерпевший обращается за такими платными услугами, к каким вынуждает
его полученное увечье, и совершает иные, связанные с этим состоянием
расходы для восстановления своего нарушенного права на полноценную и достойную человека жизнь. Такие расходы составляют **реальный ущерб** потерпевшего.

Теряя прежнюю работу, он теряет прежний доход (**упускает выгоду**), который не утратил бы, если бы его здоровье не было нарушено. В целом он несет убытки, которые подлежат возмещению в полном объеме. Этот пример показывает, что **органический вред можно возместить путем возмещения морального и имущественного вреда, вызванных повреждением организма.**

Характерными признаками **страдания**, которые, в частности, могут быть установлены и использованы в суде, являются следующие: **поведенческие признаки** и **психическое состояние** человека.

**Страдание** человека выражается следующим образом: внешне выглядит печальным, отрешенным от происходящих событий, он испытывает одиночество, изолированность, особенно от тех, кто заботится о нем. Чувствует себя неудачником, несчастным, потерпевшим поражение, неспособным к достижению прежних успехов. Уныния, упадок духа, мысли о своей профессиональной некомпетентности, об утрате смысла жизни все чаще посещают его.

Понижается и общий физический тонус. Появляются сопутствующие этому различного рода функциональные расстройства, нарушаются сон, аппетит. Различают две разновидности страданий: страдания нравственные и страдания физические.

С этой точки зрения нравственные или душевные страдания человека напрямую связаны с его глубинными личностными структурами, которые подвергаются посягательству, что и вызывает у него столь сильную ответную эмоциональную реакцию в виде отрицательных переживаний, называемых страданиями.

Поскольку с помощью понятий **“личность”, “личностный”** раскрывается включенность человека в общественные отношения, его положение в обществе, есть все основания утверждать, что источником нравственных страданий субъекта являются, прежде всего, посягательства на его **социальный статус, честь** и **достоинство, личные убеждения** (если они, разумеется, не носят антиобщественный, противоправный характер), на его **самооценку**, сложившуюся систему его межличностных отношений.

Все это, безусловно, связано с правами человека и его свободами, гарантированными Конституцией КР.

**2. История возникновения института возмещения морального вреда.**

Сегодня с развитием нашего государства как демократической страны, с развитием правовой системы, интеграционных процессов появилось (или возродилось) немало институтов гражданского права, ранее категорически отрицавшихся. Одним из них и является институт компенсации морального вреда. Хотелось бы обратиться к истории возникновения института возмещения морального вреда в разных правовых системах и к вопросу регулирования его в зарубежных странах, в которых он возмещается уже не одно столетие.

Начнем с Англии, страны, которая не только впитала в свое законодательство, но и значительно расширила основные блистательные демократические постулаты римского права. И неудивительно, что именно Англия наиболее полно и глубоко усвоила принцип возмещения морального вреда. Английское право при возмещении вреда не устанавливало никаких различий между материальным и нематериальным вредом. Определение наличия причиненного морального вреда и размера его возмещения всецело зависело от целого ряда самостоятельных составов гражданских правонарушений. В 1890 году был введен новый, характерный для семьи общего права вид деликтов, нарушающих сферу «privacy». Функция этого института заключалась в защите неприкосновенности личности и всего того, что помогает человеку сохранить себя как личность. К таким деликтам можно отнести: нарушение уединения или права на одиночество, вторжение в частную жизнь истца или узкого круга лиц; присвоение имени истца и использование его внешности с целью получения выгоды; распространение информации, выставляющей истца в неправдивом свете.

Медленное развитие института компенсации морального вреда в Германии объяснялось не столько преобладающим господством римского права, хотя и имевшего определенные успехи в создании этого института, однако исторически не успевшего выработать законченную систему, сколько причинами другого характера. Это было вызвано своеобразными этническими и историческими особенностями, присущими германской нации, отличных от норм англосаксов. В Германии с давних времен разрабатывался институт денежного возмещения за боль, за страдание тела «schmerzensgeld», ставший основой современного института морального вреда. В доктрине немецкого права установилось понятие «personlicheit», очень близкое к понятию «privacy» в общем праве. В результате в судебной практике появились следующие виды деликтов, которые могут привести к возмещению морального вреда: нарушение права на одиночество; раскрытие фактов частного характера; наговор на человека в глазах общественности; использование имени и изображения пострадавшего.

Во Французском гражданском кодексе (Code civil) не было прямо закреплено понятие «моральный вред». Однако французские суды широко применяют институт морального вреда для защиты личных благ лица.

В Италии принцип возмещения морального вреда был усвоен намного шире, чем во Франции. Там существовало множество случаев, при которых возмещался моральный вред — «damno non patrimoniale», а именно: диффамация, прелюбодеяние, развращение несовершеннолетних и т.п. К примеру, за женщиной, которую соблазнил мужчина, не выполнив обещания жениться, признавалось право на иск о возмещении вреда. Аргументировалось это тем, что такая женщина испытывает не только материальные потери, но теряет честь и будущность. Это лишний раз подчеркивает свободное, внимательное и заботливое отношение к человеку со стороны итальянских судов. Показательным является пример присуждения судом денежного возмещения мужу со стороны лица, находившегося с его женой в незаконной связи, выявленной при чтении мужем переписки, оставшейся после ее смерти.

Австрийским гражданским положением провозглашается возмещение вреда за причиненное оскорбление, полное возмещение и, как подтверждает доктрина, право на возмещение исключительно морального вреда. Верховный суд Австрии так высказался в одном из своих решений по поводу сферы частной жизни в целом: каждый наделен от рождения «правом личности на уважение своей частной жизни». Правда, признал лишь одно конкретное право — право защиты врачебной тайны, касающееся причины заболевания. Возможно, именно это положило начало формированию юридического понятия прав личности в Австрии. Австрийское право, как и австрийское гражданское уложение, повлияло на развитие права многих стран Восточной Европы.

Допускалась компенсация морального вреда и болгарским Законом «Об обязательстве и договорах», предусматривающим, что возмещение неимущественного вреда оценивается судом по справедливости. Считается, что избежать оценочных суждений в такой ситуации невозможно. Сегодня в Болгарии в качестве доказательств размера морального вреда используют показания свидетелей и судебно-медицинских экспертиз. Человеческая жизнь оценивается приблизительно в пределах 10 000—15 000 левов (5000—7000 евро), тяжкие телесные повреждения — 4000-8000 левов, телесные повреждения средней тяжести — 1500—3000 левов, но все это относительно, обычно размер возмещения назначается с учетом конкретных обстоятельств дела.

Следует отметить, что влияние традиций компенсации морального вреда в законодательстве государств романо-германского права ощущает даже такая консервативная система права, как мусульманская. Гражданский кодекс Египта допускает возможность возмещения морального вреда, хотя и без определения случаев, когда такое возмещение возможно.

Специфически рассматриваемый институт развивался в японском праве. Японцы до сих пор остаются верными национальным традициям «гири» и большое значение придают всем возможным средствам внесудебного примирения. Это касается и случаев возмещения вреда. Жертва несчастного случая, например, смирившись со своим горем, откажется от обращения в суд для реализации своего права и примет вместе с извинением возмещение, которое виновный сразу же предложит пострадавшему. Тем не менее, в последнее время статистика показывает увеличение числа обращений японских граждан в судебные органы, в частности с исками относительно нарушения основных прав человека.

Особенности той или иной правовой системы, естественно, влияют на развитие правовых институтов. Институт компенсации морального вреда — не исключение. Сравнив его развитие в зарубежных странах с отечественным, необходимо отметить, что на разных этапах развития общества вопрос возмещения морального вреда решался по-разному.

В начале моральный вред подлежал компенсации только в отдельных, определенных законом случаях. В дальнейшем наблюдался полный отказ от этой нормы. В последнее время норма возобновила свое существование.

Необходимо указать, что терминология, применяемая в различных странах к институту морального (неимущественного) вреда, довольно разнообразна. В немецком праве — immateriller shaden, во французском праве — dommage moral, в российском праве — моральный вред, английском и американском праве — moral damage.

В США в отличие от стран континентального права своеобразная процедура принятия решений по поводу ответственности производителей. Большие суммы компенсации объясняются еще и тем, что в американских судах довольно серьезно подходят к рассмотрению исков о причинении вреда здоровью и возмещение вреда присуждают присяжные. А они в случае сомнений решают в пользу истца. Это в некоторой мере объясняет тот факт, что размер возмещения морального вреда в странах общего права намного больше, чем в странах континентальной правовой системы.

В последнее время в американском праве заметна тенденция к проведению психологических и других экспертиз для определения права на возмещение психического вреда и его размера. Это связано с новыми научными достижениями в области медицины, биологии, психологии и т.п., а также с тем, что выявить психический вред без проведения соответствующих исследований психологами и психиатрами практически невозможно и тем более сложно определить размер этого специфического вида вреда.

Немецким правом предусмотрено восстановление положения, существовавшего до причинения вреда (реституция), но если это невозможно (в случаях с моральным вредом), то по требованию пострадавшего достаточно и денежной суммы.

Наиболее широко моральный вред возмещается во Франции. Возможно, этому способствует правопорядок этой страны. Кроме того, следует указать, что во Франции моральный вред возмещают уже свыше 200 лет, в других странах — свыше 100 лет, а институт компенсации морального вреда у нас, в Кыргызской Республике еще не нашел столь широкого применения. Таким образом, говорить о множестве прецедентах в судебной практике не приходится, ввиду того, что институт возмещения морального вреда в Кыргызстане не развивается в той мере, в какой развиваются аналогичные институты, скажем, в США или Европе.

**3. Основания и порядок возмещения морального вреда.**

В соответствии с Конституцией Кыргызской Республики гражданам гарантируется судебная защита всех прав и свобод, закрепленных Конституцией и законами Кыргызской Республики, каждому гарантировано право на возмещение материального и морального ущерба.

Защита личных неимущественных прав и нематериальных благ осуществляется как с применением указанных в статье 11 Гражданского кодекса способов в их совокупности, так и каждого из них в отдельности, в т.ч. компенсацией морального вреда.

Под **способами защиты** **субъективных гражданских прав понимаются закрепленные законом материально-правовые меры принудительного характера, посредством которых производится восстановление (признание) нерешенных (оспариваемых) прав и воздействие на правонарушителя. Общий перечень этих мер дается в ст.11 ГК КР.**

Нормой ст.16 Гражданского кодекса предусмотрена возможность компенсации морального вреда, когда он причинен действиями, посягающими на принадлежащие гражданину нематериальные блага либо нарушающие его личные неимущественные права, а также в случаях, прямо предусмотренных законом.

**Признаки нематериальных благ**: отсутствие точного или приблизительного денежного эквивалента, их невещественный характер, отсутствие материальных свойств (например: жизнь, здоровье, имя, честь, достоинство), неотделимость их от личности конкретного человека. Примерный перечень нематериальных благ отражен в статье 50 ГК КР и статье 16 Конституции КР. Среди особенностей нематериальных благ – их неотчуждаемость и непередаваемость.

Компенсация морального вреда по общему правилу допускается при наличии вины причинителя. Вместе с тем в ст. 1027 ГК КР предусмотрены случаи, когда моральный вред компенсируется **независимо от вины**:

- причинение вреда жизни и здоровью гражданина источником повышенной опасности (например, в результате наезда автомобиля);

- причинения вреда гражданину в результате его незаконного осуждения, незаконного привлечения к уголовной ответственности, незаконного применения в качестве меры пресечения заключения под стражу или подписки о невыезде, незаконного наложения административного взыскания в виде ареста или исправительных работ;

- причинение вреда в связи с посягательством на честь, достоинство и деловую репутацию гражданина;

- а также в иных случаях, предусмотренных законом.

 Рассмотрим первый случай, когда моральный вред возмещается независимо от вины причинителя по ст.1007 ГК КР.

 Законодатель ясно обозначил, что юридические лица и граждане, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих (использование транспортных средств, механизмов, электрической энергии, взрывчатых веществ, сильнодействующих ядов и т.п.; осуществление строительной и иной, связанной с нею деятельностью и др.), обязаны возместить вред, причиненный источником повышенной опасности, если не докажут, что вред возник вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего (ст. 1007 ГК КР).

 **Условия, исключающие ответственность**: это непреодолимая сила и умысел потерпевшего.

Под **непреодолимой силой** понимаются чрезвычайные и непредотвратимые при данных условиях обстоятельства (пункт 1 статьи 217 и статьи 356 ГК).

**Умысел потерпевшего** означает, что он не только предвидит, но и желает либо сознательно допускает наступление вредного результата, для чего способствует наступлению вреда.

Следовательно, ответственность за вред, причиненный источником повышенной опасности, является более строгой по сравнению с обычной гражданско-правовой ответственностью, так как наступает независимо от вины тех лиц, деятельность которых связана с повышенной опасностью для окружающих.

Вопрос о признании **объекта источником повышенной опасности** при необходимости решается на основе заключений соответствующих экспертиз.

При этом под **владельцем источника** повышенной опасности следует понимать юридическое лицо или гражданина, которые осуществляют эксплуатацию источника повышенной опасности, будучи обладателями соответствующих правомочий в отношении таких источников.

Поэтому необходимо различать владельца источника повышенной опасности и лицо, которое осуществляет управление источником повышенной опасности в силу трудовых отношений с владельцем этого источника (водитель, машинист, пилот, оператор и т. д.). Такое лицо владельцем источника повышенной опасности не является и поэтому непосредственной ответственности перед потерпевшим не несет.

Оно может быть привлечено к имущественной ответственности лишь самим владельцем такого источника в **регрессном порядке** с учетом характера тех договорных отношений, которые между ними существуют.

При этом владелец источника повышенной опасности отвечает перед потерпевшим в том случае, если вред причинен во внерабочее время или в рабочее время, но не в связи с выполнением работником служебных обязанностей.

**Примеры применения**:

**Пример 1.** При входе сотрудника атомной станции "Орбита" Асхата, 35 лет, в помещение, в котором находился источник излучения кобальтовой установки, не сработал звуковой сигнал, предупреждающий об опасности облучения. Такой сигнал должен подаваться в виде звонка в момент открытия двери в том случае, если установка включена и находится в рабочем состоянии. Асхат проработал в этом помещении целый день, а к вечеру ему стало плохо. После его ухода на полу была обнаружена записка "Установка неисправна", которую написала молодая сотрудница и положила на корпус установки накануне днем. А вечером в тот же день при открывании двери уборщицей записку сдуло сквозняком, и Асхат ее не увидел. Впоследствии Асхат стал инвалидом II группы. Причиненный его здоровью вред в полном объеме возместил работодатель - владелец источника повышенной опасности.

Комментарий**:** Деятельность атомной станции по своему характеру предполагает высокую степень возможности наступления вредных последствий. Поэтому при причинении вреда законодатель для привлечения к ответственности предусматривает усеченный состав правонарушения, который помимо вреда включает в себя лишь такие условия, как противоправность и причинная связь, исключая вину владельца подобных источников. Следовательно, вред, причиненный Асхату возмещен ответчиком обоснованно на основании пункта 1 статьи 1007 ГК. Что же касается ответственности молодой сотрудницы, то владелец источника повышенной опасности вправе при наличии вины в ее действиях предъявить иск в регрессном порядке согласно требованиям норм трудового законодательства. Если ею были нарушены правила по охране труда и техники безопасности, она может быть привлечена к ответственности, вплоть до уголовной. При этом нельзя говорить об умысле потерпевшего, так как простая неосторожность, которую он мог проявить, просто не заметив записку, учету не подлежит, т. е. она в любом случае не влечет ни освобождения от ответственности, ни уменьшения ее размера.

 **Пример 2.** Родина Г.В. обратилась с иском к Министерству финансов КР о компенсации материального и  морального вреда. Исковые требования были основаны на норме ст. 1027 ГК о возмещении морального вреда независимо от вины причинителя. В обоснование иска указано, что виновный в совершении наезда на ее дочь (со смертельным исходом) скрылся от суда, поскольку следователь, проводивший расследование, ненадлежащим образом исполнял свои служебные обязанности. Верховный суд Кыргызской Республики оставил в силе состоявшиеся по делу решение и определение судов первой и апелляционной инстанций, отказавших в удовлетворении иска, указав, что в соответствии со ст.993 ГК, вред подлежит возмещению лицом, его причинившим. По настоящему делу иск был предъявлен не к надлежащему ответчику, субъектом, несущим ответственность в данном случае, должен быть признан гражданин, владевший, управлявший автомашиной.

 Комментарий. Согласно п.1 ст.1007 ГК обязанность компенсации морального вреда возлагается на юридическое лицо или гражданина, которые владеют источником повышенной опасности на праве собственности, праве хозяйственного ведения или праве оперативного управления, либо на ином законном основании (договоре имущественного найма, доверенности на праве управления транспортным средством, в силу распоряжения соответствующего органа о передаче) ему источника повышенной опасности.

 Вредоносность и бесконтрольность действий домашних, служебных и сторожевых собак и диких животных, находящихся у юридических лиц и граждан, при определенных обстоятельствах могут быть отнесены к источнику повышенной опасности.

**Пример 3.** Бибикова Н.И. обратилась с иском к Ушуровой М.М. о возмещении материального ущерба 3186 сомов и морального вреда 5000 сомов, причиненного ее малолетней дочери, 1991 года рождения, сыном ответчицы, 1994 года рождения, беспричинно выстрелившего ей в лицо из пневматического пистолета. Из акта судебно-медицинского освидетельствования видно, что потерпевшей причинены легкие телесные повреждения в виде ссадины на губе и перелома одного зуба. Районный суд удовлетворил требования истца только в части материального ущерба, без оснований отказав в удовлетворении иска о компенсации морального вреда, требуемого ею как законным представителем малолетнего, претерпевшего физические и нравственные страдания в связи с повреждением здоровья (ст.56 ГПК, ст.50 ГК).

Комментарий. За вред, причиненный несовершеннолетним, не достигшим четырнадцати лет (малолетним), отвечают его родители (усыновители) или опекуны, если не докажут, что вред возник не по их вине (ст.1001 ГК КР).

Моральный вред компенсируется в случаях нарушения или посягательства на личные нематериальные блага (права) граждан.

При нарушении имущественных прав граждан компенсация морального вреда
допускается лишь в случаях, предусмотренных законом. В настоящее время возможность такой компенсации предусматривается Законом КР «О защите прав потребителей».

В соответствии со ст. 14 Закона КР от 10 декабря 1997г. «О защите
прав потребителей» моральный вред, причиненный потребителю вследствие нарушения изготовителям (исполнителям, продавцам) или организацией, выполняющей функции изготовителя (продавца) на основании договора с ним, прав потребителя, предусмотренных законами и иными правовыми актами, регулирующими отношения в области защиты прав потребителей, подлежит компенсации причинителем вреда при **наличии его вины**.

Размер возмещения вреда определяется судом. Компенсация морального вреда
осуществляется независимо от возмещения имущественного вреда и понесенных **потребителем** убытков.

Закон о защите прав **потребителей** имеет достаточно широкую сферу применения. Он применяется к отношениям, возникающим из договоров: розничной купли-продажи; аренды, включая прокат; найма жилого помещения, в том числе социального найма; в части выполнения работ, оказания услуг по обеспечению надлежащей эксплуатации жилого дома, в котором находится данное жилое помещение; по предоставлению или обеспечению предоставления нанимателю необходимых коммунальных услуг; проведению текущего ремонта общего имущества многоквартирного дома и устройства для оказания коммунальных услуг; подряда (бытового, строительного, подряда на выполнение проектных и изыскательных работ, на техническое обслуживание); перевозки граждан, их багажа и грузов; на оказание финансовых услуг, направленных на удовлетворение личных (бытовых) нужд граждан, и других договоров, направленных на удовлетворение личных (бытовых) нужд граждан, не связанных с извлечением прибыли.

Названным законом охватывается, конечно, крайне малая часть
деяний, связанных с посягательством на имущественные права граждан.
Вместе с тем нельзя отрицать наличие серьезных душевных страданий у
человека, которому причинен какой-либо имущественный ущерб.

Зачастую они оказываются намного более серьезными по сравнению с переживаниями,
возникшими от посягательства на нематериальные блага личности. Это
выражается, в частности, в физических страданиях при невозможности
обеспечить удовлетворение зачастую даже первичных потребностей, а также и в нравственных страданиях в результате осознания невозможности
воспользоваться провозглашенными правами при отсутствии материальных
средств, ограничении своей свободы, понимании даже формального неравноправия, ощущении незащищенности себя и своей семьи.

Определенный интерес представляет сам **термин «здоровье»**. Всемирная организация здравоохранения, например, определяет его так: **«Здоровье - это состояние полного социального, психического и физического благополучия»**.

Из этого следует, что к посягательствам на здоровье можно отнести не только действия, нарушающие анатомическую целостность человека, но и деяния, нарушающие его социальное и психическое благополучие. Следовательно, если потерпевший от правонарушения против собственности сможет доказать, что причиненный ему имущественный ущерб серьезнейшим образом отразился и на его психическом благополучии, то нет никаких оснований для отказа в компенсации причиненного ему морального вреда.

При рассмотрении дела о возмещении вреда, причиненного гражданину **источником повышенной опасности** (в результате наезда автомобиля), его требования о возмещении вреда, причиненного повреждением здоровья и имущества, подлежит удовлетворению независимо от того, виновен или нет владелец источника повышенной опасности или лицо, осуществляющее его эксплуатацию (например, водитель автомобиля), в причинении вреда (кроме его причинения вследствие непреодолимой силы или умысла потерпевшего). Следовательно, требования о возмещении морального вреда в такой ситуации может быть удовлетворено лишь при наличии их **вины**.

Таким образом, при наезде автомобиля на человека моральный вред может быть возмещен, если есть **вина** водителя или владельца источника повышенной опасности, а вред имуществу и здоровью пешехода будет возмещен независимо от их вины. Претерпевание страданий лишает человека психического благополучия (полностью или частично). Нарушение психического благополучия как результат неправомерных действий (бездействия) со стороны правонарушителя никогда не наступает само по себе, а лишь в соединении с нарушением какого-либо иного вида принадлежащих гражданину прав. Поэтому при совершении правонарушения для возникновения права потерпевшего требовать компенсации морального вреда и корреспондирующей этому праву обязанности правонарушителя выплатить такую компенсацию, необходимо наличие причинной связи между следующими юридическими факторами:

- неправомерное действие (бездействие);

- нарушение неимущественного права и умаление иного нематериального блага;

- нарушение психического благополучия (возникновение страданий).

Между наступлением этих фактов возможно истечение некоторого промежутка времени (например, между моментом умаления его чести и началом претерпевания страдания по этому поводу). Это обстоятельство следует учитывать при применении правила о моменте
начала течения **срока исковой давности** к требованиям о компенсации морального вреда. Особое внимание должно уделяться способности потерпевшего осознавать характер совершенного в отношении него неправомерного действия и его последствий, а также взаимную связь между
ними, которая далеко не всегда бывает очевидной для потерпевшего.

Рассмотрим изложенное на **примерах.**

**Например,** предположим, в результате незаконного принуждения ребенка к труду, вовлечения в бродяжничество, попрошайничество и т.п. лицом, от которого ребенок находится в состоянии личной зависимости, ребенок не посещает учебное заведение, т.е. нарушается его личное неимущественное право на обязательное образование и всестороннее развитие личности. Вполне вероятно, что на протяжении значительного времени ребенок не будет претерпевать страданий в связи с нарушением своего неимущественного права, не осознавая ни самого факта правонарушения, ни его последствий. Однако по мере взросления и приближения к совершеннолетию ребенок может начать испытывать нравственные страдания в связи с чувством неполноценности, ущербности, сложностями с трудоустройством и т.д. С момента осознания ребенком факта правонарушения и его причинной связи с претерпеваемыми страданиями начнет течь срок исковой давности.

**Например,** предположим, пациенту лечебного учреждения произведена инъекция. Однако вследствие небрежности медицинского работника для инъекции был использован препарат с истекшим сроком годности, что может по прошествии некоторого промежутка времени
отрицательно сказаться на здоровье пациента. Допустим, что пациент узнает об ошибке медицинского работника и ее возможных последствиях непосредственно после инъекции. Очевидно, что естественным последствием окажется возникновение у пациента нравственных страданий в виде страха перед возможными неблагоприятными последствиями. Если неблагоприятный прогноз подтвердится, и непригодное лекарство по прошествии определенного промежутка времени окажет отрицательное воздействие на организм пациента, то к нравственным страданиям присоединятся страдания физические.

Течение срока исковой давности в данном случае начнется в разные моменты для разных видов страданий:

**-**с момента инъекции - для нравственных страданий,

**-**и с момента проявления отрицательных физиологических последствий - для физических страданий.

Если пациент узнает о медицинской ошибке непосредственно после наступления отрицательных последствий, то течение исковой давности
начнется одновременно для обоих видов страданий независимо от того
промежутка времени, который пройдет с момента произведения инъекции до
момента наступления вызванных ею последствий.

Важное значение, при компенсации морального вреда имеют сроки
введения в действие соответствующих **нормативно-правовых актов**. Так как
вопросы компенсации морального вреда в сфере гражданских
правоотношений регулируются рядом законодательных актов, введенных в
действие в резные сроки, возможность получения такой компенсации зависит
от того: допускает ли законодательство возможность компенсации
морального вреда по данному виду правоотношений; когда вступил в силу законодательный акт, предусматривающий условия и порядок компенсации вреда в этих случаях; когда были совершены действия, повлекшие причинения морального вреда.

Если моральный вред причинен до введения в действие
законодательного акта, предусматривающего право потерпевшего на его
компенсацию, требования о возмещении морального вреда не
удовлетворяются, в том числе и в случае, когда потерпевший после
вступления этого акта в законную силу испытывает нравственные или
физические страдания. На том основании, что, на время причинения вреда
такой вид ответственности не был установлен и по общему правилу действия
закона во времени закон, усиливающий ответственность по сравнению с
действовавшим законом на время совершения противоправных действий, не может иметь обратной силы. Но отсутствие в законодательном акте прямого указания на возможность компенсации причиненных нравственных или физических
страданий по конкретным правоотношениям не всегда означает, что
потерпевший не имеет права не возмещения морального вреда. В
частности, суд вправе обязать работодателя компенсировать причиненные
работнику нравственные, физические страдания в связи с незаконным
увольнением, переводом на другую работу, необоснованным применением
дисциплинарного взыскания и т.п.

Совершенно очевидно, что, посягая на собственность гражданина (с
прямым умыслом), **преступник** одновременно посягает (с косвенным
умыслом) и на психическое благополучие потерпевшего, т.е. на его здоровье,
являющееся неимущественным благом личности. Следовательно, если
потерпевший от правонарушения против собственности сможет доказать, что
причиненный ему имущественный ущерб серьезнейшим образом отразился и
на его психическом благополучии, то нет никаких оснований для
отказа в компенсации причиненного ему морального вреда.

Компенсировать моральный ущерб гражданин может, обратившись в
суд, который определяет размер этого ущерба. Причинитель вреда может добровольно, не дожидаясь предъявления иска, совершить действия, направленные на сглаживание перенесенных потерпевшим страданий (уход за потерпевшим, оказание иной помощи, передача какого-либо имущества). Такого рода действия, должны быть учтены судом как своего рода смягчающие обстоятельства при определении размера компенсации, если потерпевший все-таки предъявит соответствующий иск.

При обращении в суд кроме составления искового заявления,
предоставления документов, подтверждающих причинение вреда,
необходимо заплатить **госпошлину.**

В некоторых предусмотренных законом случаях истец вообще освобождается от уплаты государственной **пошлины**. Это возможно, в частности:

-если требование о компенсации морального вреда вытекает из трудовых правоотношений;

-по искам о компенсации морального вреда, причиненного нарушением неимущественных прав авторов произведений науки, литературы и искусства, изобретений, полезных моделей, промышленных образов;

-по искам о компенсации морального вреда, причиненного увечьем или иным повреждениям здоровья, а также смертью кормильца;

-по искам, вытекающим из нарушений прав потребителей;

-также от уплаты государственной пошлины освобождаются стороны - по спорам, связанным с возмещением вреда, причиненного гражданину незаконным осуждением, незаконным привлечением к уголовной ответственности, незаконным применением в качестве меры пресечения заключения под стражу или подписки о невыезде либо незаконным наложением административного взыскания в виде ареста.

Применительно к правилам, предусмотренным статьей 997 Гражданского кодекса, юридическое лицо либо гражданин возмещает моральный вред, причиненный его работником при исполнении им трудовых (служебных, должностных) обязанностей, приобретая право регресса к работнику, причинившему вред.

В соответствии с нормами Трудового кодекса Кыргызской Республики, введенного в действие с 1 июля 2004 г., суд вправе вынести решение о взыскании с работодателя компенсации морального вреда при установлении **факта причинения морального вреда работнику** неправомерными действиями или бездействием работодателя, в частности:

-признания доказанным факта дискриминации в сфере труда (ст.9);

-признания увечья, профессионального заболевания либо иного повреждения здоровья, смерти работника, связанным с исполнением трудовых обязанностей (ст.ст. 248, 253);

-признания по иску работника о защите трудовой чести, достоинства и деловой репутации не соответствующими действительности порочащих сведений, распространенных путем выдачи необъективной характеристики или любым другим способом (ст.421);

-признания незаконным увольнения работника или его перевода на другую работу (ст.423).

Круг лиц, имеющих право на возмещение морального вреда, причиненного смертью работника, умершего в связи с **трудовым увечьем**, определен ст.253 Трудового кодекса Кыргызской Республики, это родители, супруг (супруга), дети умершего работника.

Применительно к кругу лиц, обозначенных в ст.1016 Гражданского кодекса, в случае смерти гражданина суд может признать право на компенсацию морального вреда лиц, входивших в состав семьи умершего, наличие страданий у которых в связи с нарушением семейных связей должно предполагаться, если не будет доказано иное.

Компенсация морального вреда может быть взыскана судом в виде единовременной суммы на всю семью, потерявшую родственника, или раздельно на членов семьи умершего в зависимости от требований, заявленных истцом (истцами). В этих случаях при определении размера компенсации судом принимаются во внимание состав семьи, степень родства, длительность семейных связей и совместного проживания, невозможность создания новой семьи и иметь детей, нарушение прав ребенка на заботу, воспитание, совместное проживание в связи со смертью родителя и иные заслуживающие внимания обстоятельства.

Право на компенсацию морального вреда неотделимо связано с личностью потерпевшего (наследодателя) и не входит в состав наследства, выплата этой компенсации наследникам не производится, кроме случаев, когда компенсация была начислена (взыскана судом), но не получена потерпевшим по причине его смерти (п.2 ст.1120 ГК).

Поскольку требование о возмещении морального вреда неотделимо связано с личностью потерпевшего, то заявление граждан (общественных объединений) о возмещении морального вреда неопределенному кругу граждан (например, потребителей) надлежит в соответствии с п.п.3 пункта 1 ст.136, пункта 9 ст.221 Гражданского процессуального кодекса Кыргызской Республики возвращению, а возбужденное дело прекращению производством.

**Подсудность исков** **о компенсации морального вреда определяется по выбору истца, когда требование связано: с вредом, причиненным увечьем или иным повреждением здоровья, а также смертью кормильца; с незаконным осуждением, привлечением к уголовной ответственности, незаконным применением меры пресечения в виде заключения под стражу, подписки о невыезде либо незаконным наложением административного взыскания в виде ареста; с защитой прав потребителей (пункты 4, 7, 9 ст.29 ГПК).**

По этим же правилам определяется подсудность по делам о возмещении морального вреда, причиненного другими незаконными действиями, перечисленными в части 1 ст.417 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики. В остальных случаях иск предъявляется по месту жительства или по месту нахождения ответчика. Иск о компенсации морального вреда, причиненного преступлением может быть предъявлен в уголовном деле (п.22 ч.1 ст.50, ч.1 ст.52 УПК).

Если последствием преступления явилась смерть лица, против которого было направлено это преступление, то защита нарушенных прав его близких родственников возможна в уголовном судопроизводстве путем признания их потерпевшими и, соответственно, гражданскими истцами по иску о компенсации морального вреда.

В соответствии со ст.ст. 5, 49, 54 УПК Кыргызской Республики **потерпевшими**  признается лицо, которому преступлением причинен моральный вред, представителями потерпевшего признаются близкие родственники погибшего - родители, супруг (супруга), дети, усыновители, усыновленные, полнородные и неполнородные братья и сестры, дед, бабка, внуки.

Перечисленные субъекты (**потерпевшие**) вправе предъявить иск о компенсации морального вреда и в порядке гражданского судопроизводства, кроме случая, когда им было отказано в признании потерпевшими постановлением следователя в уголовном деле. Право на компенсацию морального вреда зависит от наличия определенных сущностных признаков, характеризующих это лицо как потерпевшее в результате нарушения его неимущественных прав и умаления нематериальных благ, а не по признаку утраты содержания от погибшего. Признание потерпевшим одного из родственников не может рассматриваться как основание для лишения прав всех иных близких родственников. Отказ в признании лица потерпевшим от преступления и обеспечении его прав возможен лишь при отсутствии соответствующих оснований, т.е. в случае, если права и законные интересы этого лица непосредственно не были затронуты деянием, в связи с которым ведется расследование или судебное разбирательство. Если же преступлением затрагиваются права и законные интересы сразу нескольких лиц, никто из них не может быть лишен возможности судебной защиты.

Применительно к кругу лиц, обозначенных в ст.1016 Гражданского кодекса, в случае смерти гражданина, суд может признать право на компенсацию морального вреда лиц, входивших в состав семьи умершего, но не по признаку нетрудоспособности и иждивенчества. Существенным признаком круга этих лиц является состояние в неимущественных (супружеских, родственных, семейных) отношениях с умершим, у которых нарушено нематериальное благо - целостность семьи (семейная, родственная связь) принадлежащая каждому человеку от рождения или в силу закона.

В соответствии с п.3 ст.1002 Гражданского кодекса Кыргызской Республики взыскание вреда с законных представителей причинителя вреда прекращается по достижении им совершеннолетия, либо когда у него до достижения совершеннолетия появились источники доходов или иное имущество, достаточное для возмещения вреда, либо когда он до достижения совершеннолетия приобрел дееспособность (п.2 ст.62 ГК).

Моральный вред, причиненный гражданину в результате **уголовного преследования,** возмещается государством независимо от вины органа дознания, следователя, прокурора и суда (п.1 ст.999 ГК, ч.1 ст.417, п.2 ст.418, ч.2 ст.422 УПК Кыргызской Республики).

**Например,** судом первой инстанции гр. Ш. осужден к лишению свободы. Суд надзорной инстанции отменил приговор, а уголовное дело прекратил за отсутствием состава преступления. Гр. Ш. находился под стражей с февраля по май 2002 г. По его иску решением районного суда с Министерства финансов за счет казны Кыргызской Республики взыскано в пользу Ш. 10000 сомов в счет компенсации причиненного морального вреда.

 Информационной базой для исследования и анализа проблемы возмещения морального вреда послужили нормативные правовые акты по данному **вопросу** в Кыргызстане, судебная практика по гражданским делам по возмещению морального вреда в Кыргызстане.

 Сразу же необходимо отметить положительные стороны в решении этого **вопроса** в настоящее время. Развитие демократических реформ в Кыргызстане, рост экономического благосостояния, а также юридическая и психологическая грамотность населения стали предпосылкой появления подобных исков. Защита чести и достоинства отдельного гражданина способствует укреплению чести и достоинства государства в целом.

 В законодательстве передовых зарубежных стран (США, Англия, Франция, Германия) предусмотрена ответственность за "намеренное причинение сильного эмоционального потрясения", потерю радости в жизни, невозможность для женщины иметь детей, изменение фигуры, обезображивание лица, обольщение, измену, переманивание жениха (невесты), нарушение обещания жениться или когда, обещая жениться, ответчик лишил женщину невинности, нарушение уединения или права на одиночество и т.п.

 Грамотная, высококвалифицированная защита от наносимого морального или, как его называют в прогрессивных странах, **психологического вреда**, что многие психологи признают более правильным. Ведь во всех случаях моральный вред предполагает, что личность претерпела нравственные страдания, унижение, стеснение свободы. Это нравственный ущерб, который не должен оставаться вне сферы права, и в настоящее время в развитых странах трудно себе представить высококвалифицированное расследование, разбирательство в суде или другом компетентном органе без привлечения специалиста-психолога.

 Обратимся к проблемам, которые существуют у нас и которые необходимо срочно решать. Исследование показало, что научные разработки в разрешении данной проблемы и, соответственно, рекомендации и конкретные разработанные подходы отсутствуют. Также за все эти годы не производилось обобщения **практики** по данному вопросу. Несмотря на это, данные вопросы все же решаются, и количество подаваемых заявлений о возмещении морального вреда увеличивается.

 Рассмотрение **практики** решения вопросов компенсации морального вреда в республике показывает, что основной состав истцов при исках о возмещении морального вреда - государственные служащие и депутаты. Наметилась тенденция выносить спор между публичными людьми на судебное разбирательство, предъявлять друг другу иски на баснословные суммы. У общественности складывается впечатление, что это похоже, в некоторых случаях, на сведение личных счетов, а некоторые считают, что появился новый вид "законного" бизнеса и, одновременно, оружие борьбы с инакомыслием. Поэтому Европарламент в недавней резолюции по Кыргызстану настаивает на моратории подачи исков к СМИ государственными чиновниками.

 Появляется практика заявлять иски о компенсации морального вреда и по любому, в том числе самому незначительному поводу. Безусловно, здесь также есть психотравмирующая ситуация, однако в подобных случаях эксперты-психологи советуют получить квалифицированное заключение специалиста для определения степени нравственных страданий. Наиболее эффективной формой с позиции экономии времени и денег было бы использование психологической консультации.

 Суды, рассматривающие такие дела, сталкиваются с целым рядом проблем. С одной стороны, на практике нет судебной системы, полностью независимой от государственной структуры. Это необходимо отметить, т.к. при полной независимости большинство решений было бы иным. С другой стороны, эти проблемы связаны с недостаточно разработанной правоприменительной практикой судебных органов с подобными категориями гражданских дел. Не используется опыт передовых зарубежных стран, насчитывающий десятки, а то и сотни лет.



Судебная практика по делам о компенсации морального вреда 295 дел, рассмотренных судами республики за период 2002 год и 6 месяцев 2003 г. показывает, что за рубежом, да уже и в России, считается, что любое правонарушение (кража, угон любимой машины и т.п.) причиняет наряду с материальным и вред моральный. Очевидно, количество дел данной категории будет постоянно расти, причем как по гражданским, так и по уголовным делам.

 Иски по возмещению морального вреда теперь возможны также в связи с незаконной деятельностью органов дознания, следствия, прокуратуры, а также с потерей родственников, потерей работы, раскрытием семейной или врачебной тайны и т.д.



 В любом правовом государстве, в том числе и в Кыргызской Республике, следователь, ведя уголовное дело, заполняет бланк о признании гражданина потерпевшим от преступления. Очень редко, можно сказать, в единичных случаях, следователь обращает внимание потерпевшего на то, не потерпел ли он вследствие преступления психологические страдания.

 В соответствии с пунктом 22 части 1 ст. 50 Уголовно-процессуального кодекса Кыргызской Республики потерпевший имеет право требовать от осужденного возмещения морального вреда, причиненного преступлением. В соответствии с пунктом 1 ст. 38 Конституции Кыргызской Республики должностные лица государственных органов (коими и являются следователи и прокуроры) обязаны обеспечить полную, безусловную, незамедлительную защиту прав и свобод граждан, пресечь правонарушения в этой области и восстановить нарушенное положение. Однако наши следователи и прокуроры редко обращают внимание на психологическую сторону любого уголовного дела.

 Это происходит потому, что над прокуратурой и следствием довлеют социалистические стереотипы, не разработана методика установления и возмещения морального вреда и полностью отсутствует контакт со специалистами-психологами в решении этой проблемы. Нашей республике пора придерживаться опыта передовых стран с развитой демократией, как это начали делать в России.

 Необходимо отметить, что иски о компенсации морального вреда предъявляются с крайне небрежно подобранной доказательной базой, зачастую вообще без доказательств нравственных страданий. Суд не всегда требует от истцов доказательств моральных страданий, доказательств расстройства здоровья и т.д. Истцы, как правило, не обращаются за помощью к психиатру или психологу. Ни один из вышеперечисленных специалистов не вызывается в суд в качестве эксперта, специалиста или консультанта.

 Психологические вопросы наличия, глубины или степени морального вреда, а в соответствии с этим и размер компенсации в денежном выражении, судьями решаются, как правило, произвольно и по своему усмотрению. Надо отметить, что хотя подготовленность юристов в области психологии, бесспорно, возрастает, она все же отстает от потребности в использовании психологических знаний в уголовном и гражданском процессах.

 Нет глубокого понимания внутренних психологических процессов, заставляющих человека в судебном порядке требовать сгладить "обиду". Какие же трудности возникают у участников судебного процесса по вопросу компенсации морального вреда? Суды склонны отказывать в возмещении морального вреда либо присуждают его практически "на глаз", руководствуясь своими представлениями о том, что такое моральный вред и каковы его признаки.

 То есть, в решениях суда чаще встречается личный, субъективный подход председательствующего при рассмотрении этой проблемы. На таких процессах, как правило, не проводится психолого-психиатрическая экспертиза и психологические вопросы наличия, глубины или степени морального вреда, а размер его в денежном выражении приходится решать юристам на свое усмотрение, т.к. нет специально разработанных критериев и психологических рекомендаций для юристов. Необходимо заметить, что опыт решения данного вопроса показывает, что психиатрическая экспертиза по вопросам возмещения морального вреда не всегда целесообразна по временным и материальным затратам, а наиболее эффективна в данном случае консультация специалиста, в частности, психолога.

 Поскольку возмещение морального вреда затрагивает вопросы личности, исходит из защиты ее интересов, необходимы исследования и рекомендации психологов, их тесное сотрудничество, а, кроме того, четкая научно-обоснованная правовая база.

 Если считать, что оценка страданий в деньгах или иной материальной форме невозможна и что не сама денежная компенсация призвана быть мерилом справедливости, то ее можно рассматривать как эквивалент восстановления справедливости. Это та "психологическая" цена, которую заплатил человек за нанесенный ему психологический вред. Денежная компенсация призвана вызвать положительные эмоции, которые могли бы максимально сгладить негативные изменения в психической сфере личности, обусловленные перенесенными страданиями.

 **Например**, впервые в 2003 г. была применена компенсация морального вреда в уголовном деле, когда было произведено вооруженное нападение на киоск и трое граждан получили ранения, тяжкие телесные повреждения. Моральный ущерб каждого пострадавшего был оценен судом в 10 тыс.сомов.

 **Например,** в 2001 году в суд с иском о защите чести и достоинства и компенсации морального вреда в размере 12000 сомов обратился владелец приемного пункта цветных металлов за то, что корреспондент Х., участвуя в рейде вместе с сотрудниками милиции, опубликовал сообщение пресс-службы МВД КР о возбуждении уголовного дела за скупку краденых алюминиевых электропроводов. Суд частично удовлетворил иск, взыскав с корреспондента 2000 сомов, хотя согласно Закону "О средствах массовой информации" журналист освобождается от ответственности, если публикует сообщение пресс-службы МВД, СНБ, прокуратур. Впоследствии Верховный Суд изменил решение Первомайского суда в пользу корреспондента.

 Все поставленные вопросы подтверждают **актуальность проблемы** **возмещения морального вреда,** а также необходимость всестороннего государственного подхода к ее разрешению. Необходимо уже сегодня, изучая положительный опыт прогрессивных стран, разрабатывать не только формы наказания, но и профилактические, воспитательные меры в обществе, направленные на бережное и уважительное отношение к каждой личности, на понимание серьезности и сложности морального или психологического вреда, наносимого человеку.

 Регулирование правоотношений в этой области должно идти как минимум по трем направлениям:

 - **совершенствование законодательства** - принятие специальных законов, разъясняющих и детально описывающих такие вопросы, как: основания для требования возместить моральный вред, доказательства причинения морального вреда, критерии оценки глубины страданий личности и денежный эквивалент психологической травмы;

 - изучение и обобщение Верховным судом Кыргызской Республики **судебной практики** по данной категории дел с доведением до местных судов этих обобщений с рекомендациями и практическими указаниями, хотя бы по вопросам "**максимального предела"** цены иска о возмещении морального вреда. На наш взгляд, эта цена не должна превышать цену жизни погибшего солдата. Кроме того, в особо сложных случаях следует приглашать специалистов-психологов для дачи заключений;

 - развитие **научной доктрины** по проблемам, касающимся нематериальных благ и их защиты.

 При назначении **судебно-психологической экспертизы** по делам о моральном вреде специалисты-психологи рекомендуют ставить следующие вопросы:

 1. Имеются ли, и какие, **индивидуально-психологические особенности** личности подэкспертного, которые могли бы оказать существенное влияние на глубину и интенсивность субъективных переживаний им действий и высказываний ответчика?

 2. В какой мере отразились действия и высказывания ответчика на **психическом состоянии** и **деятельности подэкспертного**?

 3. Затронуты ли основные **жизненные ценности** подэкспертного, не нанесен ли им ущерб?

 4. Имеются ли признаки иных неблагоприятных изменений личности подэкспертного, если имеются, то в чем они заключаются?

 5. Если такие изменения обнаружены, то состоят ли они в **причинной связи** с действиями ответчика?

 **Индивидуальные особенности потерпевшего**-это подлежащее доказыванию обстоятельство, устанавливаемое судом предусмотренными процессуальным законодательством способами, и принимаемое во внимание для оценки действительной глубины (степени) нравственных или физических страданий и определения соответствующего размера компенсации. Несоблюдение процессуальных норм может привести к неверной оценке причиненного морального вреда, субъективному подходу к рассмотрению представленных доказательств. **Примером** доказательства может послужить следующее дело.

 **Например**, Верховный суд КР оставил в силе, обжалованные в порядке надзора судебные акты судов первой и апелляционной инстанций об отказе в иске гражданина Шрамко П.Д. к ОГАИ УВД г.Бишкек о компенсации морального вреда. В обоснование иска было указано, что он неоднократно обращался с заявлениями о нарушениях, допускаемых сотрудниками ОГАИ, на которые получал отписки, причиняющие ему нравственные страдания. В частности, истец сообщал об оскорблениях со стороны неустановленного работника милиции. Судебные инстанции, рассмотревшие дело, указали, что из содержания ответов ОГАИ не усматривается нарушение неимущественных прав истца. Иск не был предъявлен к непосредственному нарушителю, посягнувшему на честь и достоинство потерпевшего. Истец не представил доказательств вины ОГАИ в его страданиях. Суды первой и апелляционной инстанций указали, что претерпевание страданий не во всех случаях предоставляет право потерпевшему на компенсацию морального вреда. В соответствии с п.1 ст.60 ГПК КР истец должен доказать те обстоятельства, на которые ссылается как на основании своих требований. Согласно ст.993 ГК вред подлежит возмещению лицом, его причинившим. Одним из обязательных условий для наступления ответственности за причиненный моральный вред является вина причинителя.

 Изучение судебной практики взыскания компенсации морального вреда выявило пробелы правоприменительного характера-отсутствие единого подхода к определению размера компенсации, а также вопросы, подлежащие разъяснению, имеющие актуальное значение при **разрешении споров по делам данной категории**:

-применение исковой давности к требованиям о компенсации морального вреда;

-права третьих лиц на компенсацию морального вреда, причиненного смертью потерпевшего;

-особенности применения института компенсации морального вреда к требованиям о защите чести и достоинства;

-допустимость компенсации морального вреда юридическому лицу;

-допустимость перехода требований о компенсации морального вреда к третьим лицам и зачета таких требований;

-соотношение морального вреда с другими видами вреда;

-взаимодействие гражданско-правового института компенсации морального вреда с институтами других отраслей права.

 **Обязательство по компенсации** **морального вреда возникает при наличии**:

-страданий, как последствия нарушения личных неимущественных прав или посягательства на иные нематериальные блага;

-неправомерного действия (бездействия) причинителя вреда;

-причинной связи между неправомерным действием и моральным вредом;

-вины причинителя вреда, когда установление вины ответчика требуется.

Можно привести следующие **примеры:**

 **Например**, Верховный суд постановлением от 09.10.2003 г. отменил решение Ала-Букинского районного суда от 20.11.2002 г. в части взыскания с Эргешева Н. в пользу Джунусова А. компенсации в сумме 10000 сом морального вреда, причиненного смертью его жены Исмаиловой У., последовавшей 10.06.2002 г., как утверждал истец, из-за укусов собак, принадлежавших ответчику. При направлении дела на новое рассмотрение указано, что суду необходимо с участием специалистов установить имеется ли причинная связь между укусом собак и наступившей смертью потерпевшей, страдавшей ишемической болезнью сердца. Указанное обстоятельство имеет существенное значение для правильного разрешения спора, поскольку в соответствии со ст.16 ГК моральный вред возмещается при нарушении личных неимущественных прав самого потерпевшего гражданина. Переход к другому лицу таких прав не допускается (п.3 ст.23 ГК).

 **Например,** гражданка Д. обратилась с иском к Новиковой Л. о компенсации морального вреда, причиненного в связи с разглашением тайны усыновления ребенка. Определением Чуйского районного суда от 12.12.2002 г. дело производством было прекращено, а материалы направлены прокурору для возбуждения уголовного дела. Верховный суд отменил это определение, передав дело на новое рассмотрение. В постановлении указано, что в соответствии со ст.50 ГК КР личная и семейная тайны относятся к нематериальным благам, при нарушении которых суд может согласно ст.16 этого же кодекса возложить на виновного обязанность денежной компенсации морального вреда.

 В соответствии со ст.8 ГК и ст.4 ГПК граждане по своему усмотрению осуществляют принадлежащие им права, любое заинтересованное лицо вправе обратиться в суд за защитой своих нарушенных прав. Прекращение производства по делу препятствует защите нарушенного права, поскольку повторное обращение по этому же иску закон не допускает (ст.222 ГПК).

 Рассмотрение иска о компенсации морального вреда в порядке гражданского судопроизводства не препятствует потерпевшему обратиться в следственные органы о привлечении виновного к уголовной ответственности по ст.160 УК.

 **4. Определение размера возмещения морального вреда: истцом и судом**

Одним из спорных моментов, постоянно возникающих в судебной
практике, является **проблема** определения размера компенсации морального
вреда. Это один из наиболее важных и наименее
урегулированных вопросов. Если в практике наблюдаются случаи, когда суд
уменьшает размер заявленной компенсации в несколько раз, это означает: и
потерпевшие, и суды не имеют четких критериев для определения размера
компенсации. Можно привести в качестве **примера** такую ситуацию.

**Например**, “... Автомашине истца были причинены механические
повреждения... Истец... просит возместить причиненный моральный вред в
размере 50 000 сом. Вина ответчика подтверждена справкой ГАИ и не
оспаривается сторонами, вместе с тем судом учитывается также то
обстоятельство, что в результате аварий водитель получил множественные
ссадины тела, ушибы, что повлекло кратковременное расстройство здоровья,
нахождения на больничном листе. Таким образом, суд приходит к выводу,
что имеют место как нравственные, так и физические страдания, и
требования о возмещении морального ущерба подлежит удовлетворению в
сумме 30 000 сом “.

В большинстве решений отчетливо видно отсутствие
единообразия в подходе к вопросу о размере компенсации морального вреда.
Суды либо пассивно следуют за притязаниями истцов в отношении размера
компенсации, либо уменьшают заявленный размер компенсации без
достаточной мотивировки.

**Размер возмещения морального вреда** определяется судом в зависимости от характера, причиненных потерпевшему физических и нравственных страданий, а также степени вины причинителя в случаях, когда вина является основанием возмещения. При определении размера возмещения вреда должны учитываться **требования разумности** и **справедливости**.

Характер физических и нравственных страданий оценивается судом с учетом фактических обстоятельств, при которых был причинен моральный вред, и индивидуальных особенностей потерпевшего. Моральный вред возмещается независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда (ст. 1028 ГК КР).

Говоря о характере физических и нравственных страданий, следует учитывать то обстоятельство, что у каждого потерпевшего имеются свои индивидуальные особенности, т.е. своя степень, **свой уровень предела физических и нравственных страданий.**

Данное обстоятельство дает возможность суду повысить или понизить размер возмещения морального вреда, говоря иначе, имеется возможность учесть действительный моральный вред и определить соответствующий ему размер компенсации.

Таким образом, необходимым критерием размера компенсации во
всех случаях будет средняя глубина страданий, или **презюмируемый
моральный вред (, для определенного вида правонарушения**.

**Презюмируемый моральный вред** - это страдания, которые должен
испытывать (т.е. не может не испытывать) «средний», «нормально»
реагирующий на совершение, в отношении него противоправного деяния,
человек. Например**,** если по телевидению сообщается информация о
совершенном преступлении против личности или ином правонарушении,
умаляющем принадлежащие человеку личные неимущественные блага, то у
каждого человека, составляющего неопределенно большую телевизионную
аудиторию, сложится представление о глубине страданий (моральном вреде),
перенесенных потерпевшим. Поскольку в данном случае для подавляющего
большинства аудитории потерпевший представляет собой абстрактную
личность, в основе выносимого каждым лицом суждения будут лежать его
предположения о той глубине страданий, которую само это лицо перенесло
бы в случае совершения в отношении него соответствующего
противоправного деяния.

Разумеется, оценки отдельно взятых лиц несколько
различались бы, однако усредненная оценка имела бы наиболее объективный
характер. Оценка глубины страданий такой аудиторией выражалась бы в
качественных критериях (сильные, не очень сильные, незначительные и т.п.
страдания), но если бы каждому при этом был задан вопрос: «Какая денежная сумма должна быть выплачена потерпевшему для полного
сглаживания перенесенных страданий?», то среднее значение названных в
ответах сумм следовало бы считать наиболее справедливой количественной
оценкой размера компенсации презюмируемого морального вреда. Этот
размер компенсации мог бы явиться основой для определения размера
компенсации действительного морального вреда путем учета всех
особенностей конкретного случая.

Рассматривая такой **критерий** как **требование разумности и справедливости**, следует учесть, что в данном случае, прежде всего, принимается во внимание то, что глубина страданий не поддается точному измерению и в деньгах неизмерима в принципе. Поэтому нельзя говорить о какой-либо эквивалентности ее размеру компенсации. Однако разумно и справедливо предположить, что размер компенсации должен быть адекватен перенесенным страданием.

Неразумно и несправедливо было бы присудить при равных
обстоятельствах (равной степени вины причинителя вреда, отсутствии
существенных индивидуальных особенностей потерпевшего и других
заслуживающих внимания обстоятельств) компенсацию лицу, в связи с нарушением его личного неимущественного права на неприкосновенность произведения, в размере, являющемся равным или большем, компенсации, присужденной лицу, перенесшему страдания в связи с нарушением его личного неимущественного права на здоровье, повлекшее утрату зрения или слуха (обобщение судебной практики показывают, что подобные случаи нередки). Поэтому требование разумности и справедливости следует рассматривать как требование о соблюдении разумных и справедливых соотношений присуждаемых размеров компенсации морального вреда в отношении разных категорий дел.

На наш взгляд, на территории КР должен действовать единый Закон, регулирующий вопросы возмещения морального вреда, который также бы регламентировал соответствующие размеры компенсации морального вреда. Законодательство должно установить единую **базисную ставку**, от которой следует отталкиваться при определении размера возмещения морального вреда, с учетом всех вышеперечисленных критериев (степень вины причинителя, индивидуальные особенности потерпевшего и т.д.). Здесь, следует остановиться на таком критерии, как **индивидуальные особенности потерпевшего**, т.к. размер компенсации морального вреда должен также учитывать личностные особенности потерпевшего, степень его эмоциональности, ранимости, уровня самооценки, физического развития, пола и т.д.

У разных людей разный болевой порог, разная способность терпеть физическую боль. И было бы неправильным считать, что удар одинаковой силы по лицу профессионального боксера и малолетнего ребенка причинит им одинаковую физическую боль, и одинаковой моральный вред, который может быть компенсирован равной денежной суммой.

Неразрешённым остается вопрос - нужно ли учитывать материальное положение потерпевшего при определении размера компенсации морального вреда? Применительно же к определению размера компенсации морального вреда необходимо во всех случаях учитывать материальное положение лица, которому причинен вред. При этом, чем выше доходы потерпевшего, тем большая сумма должна взыскаться. На первый взгляд, такая постановка вопроса грубо нарушает принципы равноправия граждан.

 Суд, при определении размера компенсации морального вреда, вправе принять во внимание и другие подтвержденные материалами дела обстоятельства, в частности, семейное и имущественное положение гражданина, несущего ответственность за причиненный потерпевшему моральный вред, за исключением случаев, когда вред причинен действиями, совершенными умышленно (п.5 ст. 1011 ГК КР). При этом имущественное положение потерпевшего не учитывается, кроме случаев возмещения морального вреда, причиненного нарушением имущественных прав, предусмотренных законом, например: прав потребителей.

 Если грубая неосторожность самого потерпевшего содействовала возникновению вреда, суд определяет размер компенсации морального вреда соразмерно степени вины причинителя, уменьшая на степень вины потерпевшего (п.2 ст.1011 ГК).

 Наиболее распространенная ошибка, допускаемая судами по данной категории дел, это взыскание с ответчика государственной пошлины в процентном отношении к сумме удовлетворенного иска о компенсации морального вреда, т.е. аналогично спорам имущественного характера. По многим делам госпошлина вообще не взыскивалась, и вопрос этот судом не обсуждался. Всего выявлено 39 случаев таких нарушений или 13% от числа изученных дел. Можно привести следующие **примеры** из судебной практики.

 **Например,** решением Баткенского районного суда от 9 ноября 2001 года по иску Солтоновых были взысканы с ответчиков, осужденных по уголовному делу, Жороевых, Гапирова и Сыдыкова материальный ущерб 54915 сомов и компенсация морального вреда 55000 сомов, государственная пошлина в доход государства в размере, соответственно 5491 сомов и 5500 сомов.

 Это решение было отменено в порядке надзора как не отвечающее требованиям о законности и обоснованности решения, в том числе, и в части определения судом размера государственной пошлины.

 **Например**, Пак В. и Пак Н. обратились с иском к АО "Кыргызалтын" о возмещении материального ущерба и морального вреда 250000 сомов, всего – 331995 сомов. Решением Первомайского районного суда г.Бишкек от 7 мая 2002 г. с ответчика взысканы суммы: 48000 сомов - в пользу Пак В. и 30000 сомов - Пак Н., 7800 сомов - в доход государства. Из мотивировочной части решения суда усматривается, что 48000 сомов - это убытки, связанные с ремонтом автомашины, поврежденной в ДТП, 3292 сомов - расходы на лечение в связи с причинением вреда здоровью, а размер морального вреда, удовлетворенного судом, в решении не указан. Проверка арифметического расчета указывает, что эта сумма составляет 26708 сомов (30000 - 3292), т.е. размер государственной пошлины был определен судом неверно.

 **Например,** Сакыбаева С. обратилась с иском к Кошо-Дюбинскому айыл окмоту, Кочкорскому ГНИ и районному отделению Соцфонда о взыскании материального ущерба 96301 сомов и компенсации морального вреда. Кочкорский районный суд решением от 13.02.2002 г. взыскал в ее пользу 150000 сомов и в доход государства 15000 сомов. Отменяя в порядке надзора это решение, Верховный суд указал, что районный суд не дифференцировал материальный вред, не определил также размер морального вреда (размер государственной пошлины определен неверно).

 Из приведенных примеров видно, что суды в своих решениях не разграничивают суммы, взыскиваемые в счет компенсации морального вреда, от других имущественных взысканий, при этом сумма иска о возмещении морального вреда ошибочно включается в цену иска по гражданскому делу, что и приводит к неправильному определению размера государственной пошлины.

 **При предъявлении истцом в одном исковом заявлении несколько самостоятельных требований: имущественного и неимущественного характера, в том числе о компенсации** **морального вреда, каждое из этих требований подлежит оплате государственной пошлиной самостоятельно**.

 В соответствии с нормами Трудового Кодекса КР, действовавшего до 1 июля 2004 г., наниматель возмещал работнику моральный вред в случаях признания судом доказанным факта дискриминации в сфере труда (ст.11), получения потерпевшим трудового увечья, профессионального заболевания (ст.427), также возмещал моральный вред семье, потерявшей кормильца, вследствие трудового увечья, профессионального заболевания (ст.432).

 Изучение дел о компенсации морального вреда, причиненного работнику невыплатой заработной платы, показало, что суды отказывают в удовлетворении требования истца, поскольку условие о заработной плате составляет имущественную часть трудового договора, ее невыплата нарушает имущественные права работника, а указание о праве работника на компенсацию морального вреда в этом случае Трудовой Кодекс 1997 года не содержит. При доказанности факта дискриминации по спорам указанной категории моральный вред подлежит компенсации. Можно привести следующие **примеры** из судебной практики.

 **Например**, Садабаева К. обратилась с иском к Бакайатинской райгосадминистрации о восстановлении на работе, выплате заработной платы за время вынужденного прогула, выплате среднедневной оплаты труда за задержку выдачи трудовой книжки, расчета и взыскании морального вреда в сумме 150000 сомов. Районный суд удовлетворил требования частично, взыскав компенсацию морального вреда 50000 сомов. Судебная коллегия Таласского областного суда это решение отменила, иск оставила без удовлетворения. Верховный суд отказал в удовлетворении надзорной жалобы Садабаевой К. на состоявшееся по делу определение суда апелляционной инстанции.

 Из приведенных примеров, можно сделать вывод, что при рассмотрении дел о компенсации морального вреда важно определить какой характер правоотношений возник между сторонами, и какие права истца – имущественные или неимущественные нарушены.

 Срок исковой давности по требованию о компенсации морального вреда, причиненного нарушением имущественных прав гражданина, истекает одновременно со сроком исковой давности по защите нарушенного имущественного права. Например, в соответствии со ст.1025 ГК КР вред, причиненный **недостатками товара, услуги, работы** подлежит возмещению, если он причинен в течение установленных сроков годности товара (работы, услуги).

 Установление **вины как основание ответственности** по делам о защите прав потребителя для суда обязательно. Конкретная форма вины не имеет значения для возложения на продавца, (исполнителя данной обязанности) и определения размера взыскания компенсации морального вреда. Соответственно при удовлетворении иска в части взыскания убытков суд не вправе отказать потребителю в компенсации морального вреда, потому что установлена вина за единое деяние, причинившее разный вред.

 На размер компенсации морального вреда по делам о защите прав потребителей могут влиять последствия имущественного вреда, включая нарушение привычного уклада жизни, функциональное назначение имущества, поведение противоположной стороны при рассмотрении справедливых требований потребителя. Можно привести следующие **примеры** из судебной практики.

 **Например,** гр. А. обратился с иском к АО о принятии купленного товара, взыскании стоимости товара, неустойки и компенсации морального вреда, сославшись, что в процессе гарантийного срока эксплуатации автомобиля были обнаружены недостатки. АО на претензию покупателя ответило отказом. Решением районного суда иск удовлетворен. Суд апелляционной инстанции отменил решение суда в части взыскания неустойки и компенсации морального вреда и отказал в иске, указав, что нет вины ответчика и основания для удовлетворения требований отсутствуют.

 **Например,** гр. М. обратился с иском к Российской авиакомпании о взыскании материального ущерба, неустойки и морального вреда. В обоснование исковых требований указано, что при перевозке рейсом Париж-Москва-Бишкек ответчик не обеспечил сохранность его багажа, доставил его только через пять дней после прибытия самолета, при этом часть багажа 1 кг на сумму более 300 евро исчезла, что подтверждается багажной квитанцией и товарным чеком. В день прилета он вынужден был оставаться до утра в аэропорту для разбирательства и оформления пропажи багажа, находясь в состоянии стресса. Все впечатления от поездки были испорчены по вине авиаперевозчика. В пропавшем багаже были видеоматериалы для служебного пользования и он не смог своевременно отчитаться о результатах служебной командировки, в связи с чем испытывал чувство вины и морального неудобства перед руководством и коллегами по службе, вынужден был давать объяснения. То же самое он испытал перед близкими, появившись дома без личных вещей и гостинцев, а также перед друзьями, заказавшими французскую парфюмерию, с которыми он не может рассчитаться, поскольку не позволяет материальное положение (проживает на частной квартире, двое иждивенцев). В этой связи продолжает находиться в стрессовом состоянии. Кроме того, в отношении него ответчиком была допущена дискриминация, так как иностранцам, оказавшимся в такой же ситуации, немедленно была выплачена денежная компенсация за причиненное неудобство.

 Авиаперевозчик удовлетворил претензию в части материального ущерба и только на сумму 20 долларов США, сославшись на ст.22 Варшавской конвенции от 12.10.1929 года, не предусматривающей возмещение неустойки и морального вреда при международных воздушных перевозках. Суд первой инстанции иск удовлетворил частично, отказав в компенсации морального вреда. М. обратился с жалобой на решение суда как вынесенное с нарушением норм материального права.

 Суд надзорной инстанции жалобу удовлетворил, указав следующее. В силу ст.16 ГК, если гражданину причинен моральный вред, суд может возложить на нарушителя обязанность денежной компенсации указанного вреда. В соответствии со ст.14 Закона "О защите прав потребителей" моральный вред, причиненный потребителю, подлежит компенсации причинителем при наличии его вины. Компенсация морального вреда осуществляется независимо от возмещения имущественного вреда и понесенных потребителем убытков. С выводами суда первой инстанции, что возможность компенсации морального вреда не предусмотрена ни договором, ни правилами международных воздушных перевозок пассажиров, багажа и грузов, ни Варшавской конвенцией, согласиться нельзя. Возможность применения Закона "О защите прав потребителей" не ставится в зависимость от вида перевозок. Его действие распространяется и на международные воздушные перевозки. В соответствии со ст.2 указанного Закона нормы международного договора применяются, если они устанавливают иные правила о защите прав потребителей, чем те, которые предусмотрены данным Законом. Варшавская конвенция для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок от 12.10.1929 г. (ратифицированная Кыргызской Республикой Законом от 21.07.1999 г. N 88), устанавливает лишь некоторые правила (что следует из ее названия и содержания) и не регулирует все без исключения отношения между перевозчиком и потребителем транспортных услуг, в том числе и в части возможности компенсации морального вреда.

 Закон КР "О защите прав потребителей" не противоречит нормам международного права, дополняет их, устанавливая меры дополнительной правовой защиты интересов пассажиров. Действие названного Закона в части  возмещения морального вреда должно распространяться на правоотношения, возникшие между сторонами по этому делу. Можно привести следующие **примеры** из судебной практики.

 **Например**, заявительница обратилась в суд с иском к организации о компенсации морального вреда, ссылаясь на следующее. Ее дочь (1978г. рождения) погибла от травм, полученных на производстве из-за несоблюдения работодателем правил техники безопасности на объекте производственного назначения, обладающего свойствами повышенной опасности причинения вреда жизни и здоровью. Опасная зона не была оборудована защитным ограждением и предупреждающими знаками. В отношении начальника цеха, не контролировавшего выполнения мастерами инструкции по технике безопасности, было возбуждено уголовное дело, учитывая, что нарушения привели к несчастному случаю со смертельным исходом. Просила взыскать с ответчика компенсацию 100000 сомов. Решением районного суда требования удовлетворены частично, взыскано с ответчика 15000 сомов. С выводом суда об установлении компенсации в таком размере не согласилась вышестоящая судебная инстанция, удовлетворив надзорную жалобу истицы, вынесшая новое решение об удовлетворении иска в полном объеме. В обоснование постановления указано, что в силу п.2 ст.1028 ГК, размер компенсации морального вреда определяется судом в зависимости от характера причиненных потерпевшему физических и нравственных страданий. При определении размера компенсации должны учитываться требования разумности и справедливости. Истица перенесла огромные нравственные страдания в связи с потерей единственной дочери; неизгладимой является боль потери близкого человека, для матери смерть дочери в любом возрасте является огромным горем. Назначенная судом первой инстанции в качестве компенсации морального вреда сумма 15000 сомов явно несоразмерна нравственным страданиям, испытываемым истицей. Суд не учел, что ответчик - юридическое лицо, не обеспечившее безопасность людей, находившихся на территории предприятия.

 **Например,** Верховный суд 12.02.2002 г. отменил решение суда первой инстанции, взыскавшей с Горфинотдела компенсацию морального вреда 2 млн. сомов в пользу Кадырова А., и решение суда апелляционной инстанции, снизившей компенсацию до 250 тыс. сомов.

 Истец был привлечен к административному аресту по постановлению судьи Кызыл-Кийского городского суда, отмененному в порядке надзора. По делу не был установлен надлежащий ответчик, размер компенсации морального вреда, определенный судом, не был обоснован и не отвечал требованиям материального закона о разумности и справедливости, т.е. ст.1028 ГК. При новом рассмотрении этого дела иск был предъявлен к Министерству финансов Кыргызской Республики в сумме 5000000 сомов - моральный вред и 66810 сомов - материальный ущерб. Первомайский районный суд г.Бишкек удовлетворил иск частично, взыскав с Республиканского казначейства в лице Министерства финансов КР - 86968 сом. Суд апелляционной инстанции оставил это решение без изменения. Обе стороны обжаловали состоявшееся решение в надзорном порядке. Ответчик оспаривал размер компенсации морального вреда, определенного судом в сумме 50000 сомов, указывая на его явную завышенность, а также недоказанность убытков в сумме 36968 сомов, истец настаивал на полном удовлетворении его требований. Суд надзорной инстанции снизил размер компенсации морального вреда до 5000 сом, а размер материального ущерба до 21250 сом, в том числе 5000 сом - услуги адвоката, указав в постановлении, что при определении размера компенсации морального вреда не были учтены требования разумности и справедливости.

 **Изучение судебной практики определения размера компенсации** **морального вреда показывает, что отсутствует общий метод оценки размера морального вреда и его компенсации, что ставит суды республики в сложное положение.**

Суд должен всегда учитывать наличие или отсутствие вины причинителя вреда, и при наличии вины - учитывать ее степень, поскольку она влияет на размер компенсации морального вреда. **Например**, можно рекомендовать ориентировочно пределы компенсации: при умышленной вине - 100%, при грубой неосторожности - 50%, при легкой неосторожности - 20%, при отсутствии вины - 10%. В соответствии с п.2 ст.1028 ГК при определении размера компенсации морального вреда суд учитывает индивидуальные особенности потерпевшего.

 В ходе изучения дел и судебных решений встречались и другие аргументы, приведенные в исковых заявлениях и решениях судов, которые не должны были влиять на размер компенсации морального вреда (например: потерпевший является депутатом, длительное время занимал высокие государственные должности, имеет правительственные награды и т.п.), поскольку явно нарушался принцип равенства прав граждан перед судом независимо от должностного положения, обстоятельств личного и общественного характера (ст.7 ГПК). Последнее не может быть отнесено к индивидуальным особенностям потерпевшего.

 При определении размера компенсации морального вреда, причиненного средством массовой информации (СМИ), судом указывается характер и содержание публикации, а также степень распространения недостоверных сведений. При этом подлежащая возмещению сумма компенсации морального вреда должна быть соразмерна причиненному вреду и не ущемлять свободу массовой информации, (например, повлечь последствия как ликвидация, банкротство, разорение ответчика и т.п.). В соответствии со ст.10 Конвенции о защите прав человека и основных свобод каждый имеет право свободно выражать свое мнение, получать и распространять информацию. Требование о компенсации морального вреда может быть заявлено самостоятельно, если, например СМИ добровольно опубликовало опровержение, удовлетворяющее истца. Это обстоятельство учитывается судом при определении размера компенсации морального вреда.

 Таким образом, при определении размера взыскиваемой в счет компенсации морального вреда денежной суммы, судам необходимо руководствоваться в первую очередь критериями, предусмотренными законодательством, равно как и индивидуальными психологическими особенностями потерпевшего, но ни в коей мере его материальным положением, так как этот критерий противоречит принципу равенства всех граждан перед законом и судом (ст. 7 ГПК КР).

**5. Проблема возмещения морального вреда юридическому лицу**

Институт компенсации морального вреда является довольно новым для нашей республики, что порождает немало проблем и сложных вопросов в данной области. На первый взгляд, моральный вред может быть причинен только физическому лицу, юридическому лицу нравственные страдания вроде бы причинены быть не могут.

**Однако в ст. 18 ГК КР, предусматривающей защиту чести, достоинства, и деловой репутации гражданина, сказано, что правила о защите деловой репутации, соответственно, применяются и к защите деловой репутации юридического лица. А в числе этих правил предусмотрено не только возмещение убытков, но и компенсация морального вреда.**

В частности, юридическое лицо точно так же, как и гражданин, вправе требовать по суду опровержения порочащих его деловую репутацию сведений, если распространивший такие сведения не докажет, что они соответствуют действительности. По требованию заинтересованных лиц, его бывшего собственника либо его наследников, допускается защита деловой репутации юридического лица, и после прекращения его существования.

Если сведения, порочащие деловую репутацию юридического лица,
распространены в печати, они должны быть опровергнуты в тех же средствах
массовой информации.

Если указанные сведения, содержатся в документе, исходящем от организации, такой документ подлежит замене или отзыву. Гражданин или юридическое лицо, в отношении которого средствами массовой информации опубликованы сведения, ущемляющие его права или охраняемые законом интересы, имеет право на публикацию своего ответа в тех же средствах массовой информации (ст. 18 ГК КР). Можно привести следующие **примеры** судебной практики. **Например,** за 2000-2004 годы в суды республики поступило 197 исков к средствам массовой информации о компенсации морального вреда, из которых удовлетворено 88 (44,6%), отказано - 28 (14,2%), прекращено и оставлено без рассмотрения - 81 (41,1%). Из предъявленных исков на сумму 215 млн.685 тыс.сомов удовлетворено 6 млн. 610 тыс.сом (3,0%). На суды г. Бишкек приходятся 85,3% рассмотренных исков к СМИ и 94,0% взысканных сумм компенсации.

 Среди изученных дел:

- по 15 делам производство по делу было прекращено в связи с примирением сторон или отказано в иске;

- оставлены без рассмотрения - 29 исковых заявлений (15%) по основаниям, предусмотренным процессуальным законом;

- в апелляционном порядке было обжаловано 104 решения (35,0%) или по каждому третьему делу, из них были отменены и изменены 43 решения или 41,3%;

- в порядке надзора было обжаловано 102 или 34,5% состоявшихся решений или по каждому третьему делу, из которых отменены и изменены 35 решений (34,3%).

 В отличие от чести **деловая репутация** выражает неравенство субъектов права, напротив, подчеркивает их различия. Равной деловой репутации не бывает. В отличие от оценки степени физических и нравственных страданий, суд не может оценивать репутационный вред юридического лица субъективно, как это присуще оценке морального вреда, когда суд опирается на свое понимание переживаний и страданий другого человека, которые не всегда проявляются и не всегда могут быть обнаружены.

 Между тем, деловая репутация всегда проявляется, и ее умаление всегда можно обнаружить. Если такое умаление не обнаружено, значит его и нет.

 Страдания можно представить, деловую репутацию нет. Ее можно лишь обосновать.

 Одного только указания на то, что ответчик распространил существенные сведения, порочащие истца, который потерпел ущерб в сфере своей деятельности, недостаточно для присуждения компенсации вреда, причиненного деловой репутации.

 Умаление деловой репутации является обстоятельством объективным, подлежит доказыванию, и приводимые истцом доказательства должны касаться именно "совокупности качеств и оценок", носить объективный характер и быть проверенными. Суд обязан обосновать свое суждение об умалении деловой репутации указанием на конкретные обстоятельства (например: отзыв лицензии у потерпевшего юридического лица, возбуждение процедуры банкротства, убытки, прекращение деятельности и др.).

 В соответствии с пунктом 1 ст.18 ГК КР с требованием об опровержении сведений, порочащих его честь, достоинство или деловую репутацию вправе обращаться в суд гражданин, а юридическое лицо об опровержении сведений, порочащих его деловую репутацию.

Изучение дел указанной категории показало, что 88% таких исков предъявлялись гражданами. В качестве ответчиков физические лица указаны по 35% дел, а юридические лица по 65% дел, в том числе 76,5% - средства массовой информации. Можно привести следующие **примеры** из судебной практики.

**Например,** МП "Кен-Суу" обратилось с иском к ОсОО "Саламалик" о защите деловой репутации и возмещении морального вреда указав, что ответчик безосновательно пытался признать перерегистрацию устава МП в органах юстиции незаконной. Судебные инстанции, отказав в удовлетворении требований, указали, что заявление ответчика не содержит сведений, порочащих деловую репутацию МП "Кен-Суу".

**Например**, ОсОО "Азамат" обратилось с иском к редакции Газеты "Вечерний Бишкек". Арбитражный суд прекратил производство по делу в связи с тем, что опубликованная в газете статья, указанная в иске как содержащая порочащие деловую репутацию ОсОО сведения, имеет автора - физическое лицо, которое подлежит привлечению в качестве надлежащего ответчика. В соответствии со ст.ст. 19, 75 АПК КР этот спор не подлежит рассмотрению в арбитражном суде.

Анализ статьи 18 ГК позволяет определить **круг обстоятельств**, имеющих значение для разрешения дел **о защите чести, достоинства и деловой репутации**. Этими обстоятельствами являются:

**- факт распространения ответчиком сведений об истце;**

**- порочащий истца характер этих сведений;**

**- несоответствие их действительности.**

Следовательно, иск об опровержении сведений, распространенных ответчиком, может быть удовлетворен судом на основании ст.18 ГК только при наличии совокупности указанных выше обстоятельств. При отсутствии такой совокупности в таком иске должно быть отказано. Например, распространенные сведения порочат гражданина, но соответствуют действительности, либо эти сведения не соответствуют действительности, но не порочат его.

 Когда сведения, порочащие честь, достоинство или деловую репутацию распространены средствами массовой информации, существенное значение для дела могут иметь обстоятельства, указанные в статье 26 Закона "О средствах массовой информации", принятого 2 июля 1992 года. Можно привести следующий **пример** из судебной практики.

**Например**, родители подали иск в суд указав, что по городу расклеены плакаты, на которых изображена их малолетняя дочь и надпись "Протяни руку помощи" на русском и кыргызском языках, в поддержку детей-сирот детского дома. Районный суд отказал в иске. Апелляционная инстанция вынесла новое решение, взыскав с ответчика 5000 сомов, в то время как истцы просили взыскать 1000000 сомов.

Обе стороны обжаловали состоявшееся решение в порядке надзора: истцы, считая компенсацию несоразмерной причиненному вреду, т.к. была опорочена репутация родителей перед родственниками и знакомыми; ответчик сообщил в жалобе, что благотворительная акция проводилась самими студентами, а не университетом, на плакате и фотографии нет данных о ребенке, т.е. она не персонифицирована и нельзя утверждать, что помощь нужна именно этому ребенку. Фотография ребенка была сделана на оживленном уличном перекрестке города с согласия матери для конкурса любителей фотографий, т.е. публично. Верховный суд согласился с апелляционным решением, указав, что согласно ст.19 ГК никто не вправе публиковать и распространять фотографию какого-либо лица без согласия этого лица. Суд установил, что нарушено неимущественное право гражданина на собственное изображение. Родители ребенка (законные представители) не давали согласия на распространение фотографии на плакате в целях вышеуказанной акции. При определении размера компенсации в качестве иных заслуживающих внимание обстоятельств было учтено, что акция носила благотворительный (бескорыстный) характер.

**6. Возмещение морального вреда при диффамации**

Проблема возмещения морального вреда, которая на протяжении многих лет была предметом острой дискуссии в нашей цивилистической науке, получила, наконец, свое нормативное разрешение[[1]](#footnote-1).

В последнее время появляется много сообщений о фактах возмещения морального вреда, причиненного нарушением чести и достоинства путем распространения порочащих сведений. Поэтому проблема денежного удовлетворения за посягательство на честь, достоинство и деловую репутацию актуальна и требует специального рассмотрения.

При ее решении особого внимания заслуживает принципиальный вопрос о соотношении свободы печати и необходимости защиты гражданских прав отдельных граждан, о соотношении прав высказывать свои мысли и ответственности за распространение сведений, порочащих другое лицо.

**Под диффамацией, как в кыргызском, так и зарубежном праве обычно понимается распространение порочащих сведений о каком-либо лице – как физическом, так и юридическом.**

Родовое понятие "диффамация" охватывает собой любое распространение порочащих другое лицо сведений. В зависимости от соответствия распространяемых сведений действительности и субъективного отношения распространителя к своим действиям можно выделить следующие ее **виды**:

-распространение заведомо ложных порочащих сведений – умышленная недостоверная диффамация, или **клевета**;

-неумышленное распространение ложных порочащих сведений – неумышленная недостоверная диффамация;

-распространение правдивых порочащих сведений – достоверная диффамация.

Гражданско-правовой способ защиты чести, достоинства и деловой репутации от недостоверной диффамации любого вида определен в ст. 18 ГК КР. На последствиях достоверной диффамации остановимся ниже.

Рассмотрим некоторые вопросы гражданско-правовой ответственности за недостоверную диффамацию. Определить содержание умаляемых в результате диффамации благ можно следующим образом:

**-честь** – сопровождающееся положительной оценкой общества отражение качеств лица в общественном сознании;

**-достоинство** – сопровождающееся собственной положительной оценкой отражение качеств лица в его сознании;

**-деловая репутация** – сопровождающееся положительной оценкой общества отражение деловых качеств лица в общественном сознании.

# Какие сведения признаются порочащими честь, достоинство и деловую репутацию?

# Порочащими, в частности, являются сведения, содержащие утверждения о нарушении гражданином или юридическим лицом действующего законодательства, совершении нечестного поступка, неправильном, неэтичном поведении в личной, общественной или политической жизни, недобросовестности при осуществлении производственно-хозяйственной и предпринимательской деятельности, нарушении деловой этики или обычаев делового оборота, которые умаляют честь и достоинство гражданина или деловую репутацию гражданина либо юридического лица. Под распространением сведений, порочащих честь и достоинство граждан или деловую репутацию граждан и юридических лиц, следует понимать опубликование таких сведений в печати, трансляцию по радио и телевидению, демонстрацию в кинохроникальных программах и других средствах массовой информации, распространение в сети Интернет, а также с использованием иных средств телекоммуникационной связи, изложение в служебных характеристиках, публичных выступлениях, заявлениях, адресованных должностным лицам, или сообщение в той или иной, в том числе устной, форме хотя бы одному лицу. Сообщение таких сведений лицу, которого они касаются, не может признаваться их распространением, если лицом, сообщившим данные сведения, были приняты достаточные меры конфиденциальности, с тем, чтобы они не стали известными третьим лицам (Михно Е.А. Возмещение морального вреда при диффамации /Правоведение. N 6. 1992).

# Не соответствующими действительности сведениями являются утверждения о фактах или событиях, которые не имели места в реальности во время, к которому относятся оспариваемые сведения.

Обязательный **элемент состава диффамации** – распространение порочащих сведений, т. е. сообщение их хотя бы одному, помимо самого потерпевшего, лицу. Оскорбление же может быть нанесено потерпевшему и наедине с ним.

Если субъективное мнение было высказано в оскорбительной форме, унижающей честь, достоинство или деловую репутацию истца, на ответчика может быть возложена обязанность компенсации морального вреда, причиненного истцу оскорблением (ст.128 УК КР, статьи 50, 16 ГК КР).

Надо отметить, что, в отличие от советской гражданско-правовой науки, которая под диффамацией понимала «распространение порочащих сведений, не соответствующих действительности», в цивилистической доктрине в настоящее время и праве западных стран под ней подразумевается распространение порочащих сведений, независимо от их соответствия или несоответствия реальным фактам.

 Но если в ходе судебного разбирательства выясняется, что распространенные сведения не соответствуют действительности, основанием ответственности будет клевета как разновидность диффамации.

Особый интерес вызывает то, что здесь сталкивается право высказывать свои мысли, а следовательно, и право на свободу печати и других средств распространения информации и право каждого человека иметь личную жизнь, защищенную от вмешательства извне. Найти разумный компромисс между этими равными по значимости в демократическом обществе правами — значит добиться правильного сочетания между общественными интересами и интересами личности. В нашем обществе, где эти интересы порой прямо противоположны, найти такой компромисс довольно трудно.

В Законе КР о средствах массовой информации, в соответствии с которой возмещается моральный (неимущественный) вред, причиненный гражданину в результате распространения средством массовой информации порочащих сведений, *не* соответствующих действительности.

Лицо же испытывает нравственные страдания от распространения порочащих сведений независимо от того, соответствуют они действительности или нет. Умаление чести и достоинства человека налицо в случаях распространения истинных сведений о болезнях, скрытых недостатках, подробностях интимной жизни лица, семейных проблемах. Почему же лицо не может получить денежное удовлетворение при распространении такого рода порочащих сведений?

Им даже в голову не может прийти, что распространение сведений, хотя и соответствующих реальному положению дел, но являющихся порочащими по мнению истца, нельзя отнести к случаям умаления чести и достоинства, потому что «мнение о себе истец создает своим собственным поведением», а «сведения о болезнях и скрытых недостатках с моральной точки зрения не являются порочащими, если только они не являются следствием аморального поведения». И, следовательно, здесь невозможно прибегнуть к институту защиты чести и достоинства.

 За 2000-2004 годы в суды республики поступило 197 исков к средствам массовой информации о компенсации морального вреда, из которых удовлетворено 88 (44,6%), отказано - 28 (14,2%), прекращено и оставлено без рассмотрения - 81 (41,1%). Из предъявленных исков на сумму 215 млн.685 тыс. сомов удовлетворено 6 млн. 610 тыс.сом (3,0%). На суды г.Бишкек приходятся 85,3% рассмотренных исков к СМИ и 94,0% взысканных сумм компенсации.

**Размер денежных требований предъявляемых к СМИ и журналистам по возмещению морального вреда**[[2]](#footnote-2)



 Среди изученных дел: - по 15 делам производство по делу было прекращено в связи с примирением сторон или отказано в иске. Оставлены без рассмотрения - 29 исковых заявлений (15%) по основаниям, предусмотренным процессуальным законом.

 - в апелляционном порядке было обжаловано 104 решения (35,0%) или

по каждому третьему делу, из них были отменены и изменены 43 решения

или 41,3%;

 - в порядке надзора было обжаловано 102 или 34,5% состоявшихся решений или по каждому третьему делу, из которых отменены и изменены 35 решений (34,3%)[[3]](#footnote-3).

Практика показывает, что за каждую серьезную критику от СМИ в свой адрес высокопоставленные личности платят мизерную пошлину в суд и предъявляют многомиллионные иски редакциям и авторам публикаций. И очень часто выигрывают процессы, обрекая свободу слова на банкротство. Из-за удовлетворения многомиллионных исков в свое время редакция газеты «Моя столица» прекратила свое существование. Многочисленные «персонажи» газетных статей, телерадиопередач требуют в судебном порядке опровергнуть порочащие их сведения, а также стремятся получить немалую компенсацию морального вреда. Максимальная сумма, которая встретилась в предъявленных исковых заявлениях — 2 млн. сомов, а минимальная — 5 сомов. Нам известно, что суды рассматривали и более высокие требования, но в нашем списке отобранных решений таких нет. Встречались дела, где судебные разбирательства заканчивались мировым соглашением.

**Цель института возмещения морального вреда – выполнять нравственную социальную функцию по охране неприкосновенности личности, то есть функцию социальной защиты.**

 Понятие «личность» нельзя ограничивать только физической неприкосновенностью; наоборот, оно носит скорее нематериальный характер, охватывая духовную, моральную сферу человека. Под моральным вредом надо понимать не только вред, причиненный нарушением обязательственных прав и посягательством на нравственное чувство, но и всякого рода различные переживания, причиняемые любым правоотношением.

 При различных обстоятельствах человек претерпевает страдания, в том числе и в результате неправомерных действий других лиц, но это не означает, что во всех случаях он приобретает право на компенсацию морального вреда. Оно возникает при наличии предусмотренных законом условий или оснований ответственности за причинение морального вреда.

Приложение №1

**Примерная таблица размеров компенсаций презюмируемого**

 **морального вреда[[4]](#footnote-4)**

|  |  |
| --- | --- |
|  **Вид правонарушений** | **Размер компенсаций****презюмируемого морального вреда** |
| **Относительных****единиц****(относительно****МРОТ)** | **МРОТ** |
| Причинение тяжкого вреда здоровью | 0,80 | 576 |
| Тоже, совершенное с особой жестокостью, издевательствами и мучениями | 1,00 | 720 |
| Причинение средней тяжести вреда здоровью | 0,30 | 216 |
| Тоже, совершённое с особой жестокостью,издевательствами и мучениями | 0,50 | 360 |
| Причинение лёгкого вреда здоровью | 0,03 | 24 |
| Нанесение побоев | 0,025 | 18 |
| Истязание | 0,30 | 216 |
| Угроза убийством или причинением тяжкого вреда здоровью | 0,20 | 144 |
| Принуждение к изъятию органов или тканей человека для трансплантации | 0,40 | 288 |
| То же, совершенное в отношении зависимого или беспомощного лица | 0,50 | 360 |
| Заражение венерической болезнью | 0,05 | 36 |
| Заражение ВИЧ-инфекцией | 0,50 | 360 |
| Неоказание помощи больному, повлекшее причинение средней тяжести вреда здоровью больного | 0,03 | 24 |
| То же, повлекшее причинение тяжкого вреда здоровью больного | 0,50 | 216 |
| Похищение человека | 0,80 | 576 |
| То же, повлекшее тяжкий или средней тяжести вред здоровью | 1,50 | 1080 |
| Незаконное лишение свободы (за один день) | 0,30 | 216 |
| То же, повлекшее тяжкий или средней тяжести вред здоровью | 0,80 | 576 |
| Незаконное помещение в психиатрический стационар (за один день) | 0,30 | 216 |
| То же, повлекшее тяжкий или средней тяжести вред здоровью | 0,70 | 504 |
| Распространение ложных порочащих сведений | 0,03 | 24 |
| То же, в СМИ | 0,05 | 36 |
| То же, соединенное с обвинением в совершениитяжкого преступления | 0,30 | 216 |
| Оскорбление | 0,015 | 12 |
| То же, в СМИ | 0,03 | 24 |
| Половое сношение или иные насильственные действия сексуального характера с применением насилия, угроз или с использованием беспомощного состояния потерпевшего | 0,60 | 432 |
| То же, сопряженное с угрозой убийством илипричинением тяжкого вреда здоровью | 1,00 | 720 |
| То же, повлекшее тяжкий вред здоровью или заражение ВИЧ-инфекцией | 1,50 | 1080 |
| Понуждение к действиям сексуального характера путем шантажа или угроз | 0,10 | 72 |
| Подмена ребенка | 0,50 | 360 |
| Нарушение неприкосновенности частной жизни | 0,03 | 24 |
| Нарушение тайны переписки, телефонных переговоров, почтовых или иных сообщений | 0,03 | 24 |
| Нарушение неприкосновенности жилища | 0,025 | 18 |
| Неправомерный отказ в предоставлении информации | 0,025 | 18 |
| Воспрепятствование в осуществлении избирательных прав | 0,03 | 24 |
| Незаконный отказ в приеме на работу | 0,03 | 24 |
| Незаконное увольнение | 0,1 | 72 |
| Нарушение неимущественных прав авторов иизобретателей | 0,20 | 144 |
| Нарушение права на свободу совести и вероисповеданий | 0,025 | 18 |
| Разглашение тайны усыновления и искусственного оплодотворения | 0,20 | 144 |
| Нарушение имущественных прав потребителей | 0,05 | 36 |
| То же, причинившее значительный ущерб | 0,20 | 144 |
| Привлечение невиновного к уголовной ответственности | 0,50 | 360 |
| То же, соединённое с обвинением в совершении тяжкого преступления | 1,00 | 720 |
| Осуждение невиновного | 0,40 | 288 |
| То же, повлекшее тяжкие последствия | 1,00 | 720 |
| Незаконное задержание | 0,20 | 144 |
| Незаконное заключение под стражу или содержание под стражей (за один день) | 0,40 | 288 |
| Принуждение к даче показаний | 0,01 | 216 |
| То же, соединённое с применением насилия, издевательств или пытки | 0,30 | 576 |
| Иное ущемление прав и свобод граждан неправомерными действиями или решениями органов власти и управления | 0,80 | 36 |

**ВЫВОДЫ:**

1.Данный правовой институт имеет важное значение для
защиты, прежде всего, таких прав и благ, которые носят личный, не
имущественный характер. Общие признаки этих прав и благ - они не имеют имущественного содержания, принадлежат человеку от рождения (например, здоровье) или в силу закона (например, право авторства), неотчуждаемы и непередаваемы иным способом.

2.Изучение судебной практики взыскания компенсации морального вреда выявило пробелы правоприменительного характера - отсутствие единого подхода к определению размера компенсации, а также вопросы, подлежащие разъяснению, имеющие актуальное значение при разрешении споров по делам данной категории.

1. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г.//Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. №26. Ст. 733; Закон СССР «О печати и других средствах массовой информации» от 12 июня 1990 г.//Ведомости Съезда народных депутатов СССР и Верховного Совета СССР. 1991. № 26. [↑](#footnote-ref-1)
2. Совершенствование судебной практики по информационным спорам, ОО Цент права, г.Бишкек 2005г.,С.20 [↑](#footnote-ref-2)
3. ОБЗОР судебной практики рассмотрения дел о компенсации морального вреда за период 2002 г. и 6 месяцев 2003 г. ИПС Токтом [↑](#footnote-ref-3)
4. *Эрделевский А.М.* Моральный вред и компенсация страдания. М.: Издательство БЕК. 1997. С.130. [↑](#footnote-ref-4)