

МИНИСТЕРСТВО НАУКИ И ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования
«Тольяттинский государственный университет»

Институт права

(наименование института полностью)

Кафедра «Конституционное и административное право»

(наименование кафедры полностью)

40.04.01 Юриспруденция

(код и наименование направления подготовки)

«Правовое обеспечение государственного управления и местного самоуправления»

(направленность (профиль))

МАГИСТЕРСКАЯ ДИССЕРТАЦИЯ

на тему: «Конституционное право на свободное занятие предпринимательской
деятельностью по российскому праву и праву зарубежных стран»

Студент

Е.В. Горюнова

(И.О. Фамилия)

(личная подпись)

Научный

С.Н. Ревина

(И.О. Фамилия)

(личная подпись)

руководитель

Руководитель программы д.ю.н., профессор, Д.А. Липинский

(ученая степень, звание, И.О. Фамилия)

(личная подпись)

« _____ » _____ 20 _____ г.

Допустить к защите

заведующий кафедрой к.ю.н., доцент Н.В. Олиндер

(ученая степень, звание, И.О. Фамилия)

(личная подпись)

« _____ » _____ 20 _____ г.

Тольятти 2019

СОДЕРЖАНИЕ

Введение.....	2
1. Социальная и юридическая природа конституционного права на свободное занятие предпринимательской деятельностью.....	4
1.1. Понятие и признаки предпринимательской деятельности.....	4
1.2. Сущность и нормативное содержание конституционного права на свободное занятие предпринимательской деятельностью.....	9
1.3. Место и роль права на свободное занятие предпринимательской деятельностью в системе конституционных прав и свобод.....	23
2. Проблема реализации конституционного права на свободное занятие предпринимательской деятельностью.....	28
2.1. Конституционно-правовой механизм реализации права на предпринимательскую деятельность и конституционно-правовые гарантии...	28
2.2. Конкретизация в отраслевом законодательстве права на свободное занятие предпринимательской деятельностью.....	34
2.3. Ограничения конституционного права на свободное занятие предпринимательской деятельностью.....	39
3. Сравнительно-правовой анализ содержания права на свободное занятие предпринимательской деятельностью по российскому праву и праву зарубежных стран.....	47
3.1. Конституционное право на свободное занятие предпринимательской деятельностью в Китае.....	47
3.2. Конституционное право на свободное занятие предпринимательской деятельностью в Германии.....	55
Заключение.....	65
Список используемой литературы.....	68

ВВЕДЕНИЕ

Актуальность исследования. Основой конституционных прав граждан Конституция РФ признает право гражданина и человека на свободное использование имущества и способностей для предпринимательской и другой деятельности, которая не запрещена законом. Данное право в сфере экономики служит важной формой проявления свободы личности.

Предпринимательство является одним из центральных понятий в отечественной юриспруденции, привлекавшим пристальное внимание законодателя и имевшим большое практическое значение для правового и экономического развития современной государственности. Правовое регулирование предпринимательской деятельности направлено на определение места и роли малого и среднего предпринимательства в сфере материального производства и оказания услуг как экономического амортизатора в условиях санкций и ограничений, смягчающего последствия структурных изменений в экономике, быстро внедряющего организационные нововведения; адекватно адаптирующегося к изменениям спроса и предпочтений потребителей. Представление о малом и среднем предпринимательстве как о равноправном субъекте экономической и правовой деятельности, а не об объекте административного воздействия является основным в понимании его правового положения.

Нормативное регулирование предпринимательской деятельности осуществляется с помощью норм права, выраженных в различных источниках. Традиционно выделяются виды нормативного регулирования по отдельным сферам регулирования предпринимательской деятельности (инвестиционной, инновационной, банковской, биржевой, аудиторской, оценочной и др.). Также выделяют виды нормативного регулирования в зависимости от содержания государственных функций: антимонопольное регулирование, техническое регулирование и др.

Однако представляется, что указанные классификации разрознены, выделяют лишь отдельные сферы правового регулирования

предпринимательской деятельности. Между тем предпринимательская деятельность является достаточно целостным понятием, и важным является использование универсальных правовых средств, с помощью которых осуществляется комплексное регулирование. Речь идет, в частности, о комплексном правовом регулировании в области установления стандартов и порядка их обеспечения.

Настоящая работа посвящена исследованию основ предпринимательской деятельностью.

Предметом настоящей работы, определившим тему исследования, стали особенности предпринимательской деятельностью.

Объект – предпринимательская деятельность.

Основной целью работы является изучение предпринимательской деятельностью.

Задачи исследования следующие:

- 1) изучить социальную и юридическую природу конституционного права на свободное занятие предпринимательской деятельностью;
- 2) рассмотреть проблему реализации конституционного права на свободное занятие предпринимательской деятельностью;
- 3) провести сравнительно-правовой анализ содержания права на свободное занятие предпринимательской деятельностью по российскому праву и праву зарубежных стран

В данной работе использованы следующие методы: метод исследования, системного анализа, сравнительного исследования действующего законодательства.

Источниковая база состоит из Конституции РФ и законов.

Работа состоит из введения, трех глав, заключения, списка используемой литературы.

1. Социальная и юридическая природа конституционного права на свободное занятие предпринимательской деятельностью

1.1 Понятие и признаки предпринимательской деятельности

Вопрос об определении понятия "предпринимательская деятельность" и выявлении ее признаков достаточно остро дискутируется в современной правовой науке.

Рассмотрим термин предпринимательская деятельность с точки зрения закона. В нормативно-правовых актах предпринимательская деятельность определяется как деятельность, которая осуществляется самостоятельно и на свой риск. Этот вид деятельности направлен на постоянное получение прибыли от продажи товаров, пользования имуществом, выполнения определенного вида работ или же оказания определенных услуг лицами, которые зарегистрированы в порядке, установленном законом.

Предпринимательской является самостоятельная, осуществляемая на свой риск деятельность, направленная на систематическое получение прибыли от пользования имуществом, продажи товаров, выполнения работ или оказания услуг лицами, зарегистрированными в этом качестве в установленном законом порядке.¹

Таким образом, законодатель дает определение предпринимательской деятельности через перечисление ее существенных признаков. Стоит отметить, что в доктрине не сложилось единого подхода относительно того, какие из признаков предпринимательской деятельности являются основными, а какие - факультативными. Несмотря на то что все основные концепции основываются на легальном определении предпринимательской деятельности, как ни парадоксально, среди ученых-правоведов нет единства мнений относительно количества признаков предпринимательской деятельности, их состава и содержания.

¹ Андреев В.К. Создание хозяйственного общества // Предпринимательское право. 2017. N 4. С. 9

Основываясь на юридическом определении, многие исследователи характеризуют определенные особенности предпринимательской деятельности. Наиболее ярко в банковской деятельности проявляются такие характеристики предпринимательской деятельности, как рискованность по характеру и профессионализм.

Современные исследователи в области экономического права предлагают определить экономическую деятельность как перераспределительный процесс достижения эффективности на этапах производства, распределения, обмена и потребления материальных и нематериальных товаров (ресурсов и ценностей)

Признаки хозяйственной деятельности:

1. Экономическая деятельность-это вид общепольной деятельности, представляющий собой комплекс целенаправленных действий.

2. Субъектами экономической деятельности являются любые дееспособные лица (физические, юридические), а также государственные образования (государство, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования). Кроме того, испытываемые входят коллективные образования без статуса юридического лица (финансово-промышленные группы, холдинги, внешне обособленные подразделения и т. д.).

3. Этот вид деятельности осуществляется в сфере экономики. В то же время экономика-это экономика, совокупность (то есть система) средств, объектов, процессов, используемых людьми для обеспечения жизни, удовлетворения потребностей путем создания необходимых человеку благ, условий и средств существования с применением труда.

4. Основными целями экономической деятельности являются:

а) создание материальных и духовных (нематериальных) благ;
б) удовлетворение разнообразных потребностей индивида (человека), членов общества и общества в целом

5. Возмещение материальных и иных затрат производится за счет доходов.

Сущность предпринимательского риска позволяет рассматривать его не только с экономической, но и с юридической позиции. Несмотря на экономическую составляющую понятия «риск», оно встречается во многих правовых актах. В частности, закон учитывает банковский риск

Риск - это вероятностная категория. Выделяют несколько видов риска: рациональные (то есть разумные) и иррациональные (то есть неразумные) бизнес-риски. В то же время экономисты предлагают сделать количественную оценку риска, которая основана на соотношении затрат и выгод².

К примеру, в банковской сфере риски имеют особое значение, поскольку именно для таких видов деятельности существует даже термин «банковский риск». Банковский риск определяется через систему управления ряда типичных банковских рисков:

Рыночный риск – это риск финансовых потерь. Он возникает вследствие изменения текущей (то есть справедливой) стоимости финансовых инструментов.

Кредитный риск – это риск в связи с вероятностью невыполнения контрагентом или заемщиком договорных обязательств перед кредитной организацией.

Операционный риск – это риск или убытки которые возникают из-за недостатки внутренних процедур управления и ненадежности кредитной организации, а так же непредставление сведений и иных систем или в результате внешних событий, которые оказывают влияние на работу кредитной организации.

Риск ликвидности – это риск неспособности кредитной организации финансировать свою деятельность, то есть обеспечивать рост активов и выполнять обязательства по мере их возникновения без потерь в сумме.

Процентный риск – это риск ухудшения финансового положения кредитной организации из-за снижения размера капитала или уровня доходов.

² Витоль Э.Ю., Тюляев Г.С. Актуальность конструкции консорциумов для российского права // Вестник гражданского права. 2018. N 1. С. 50

Так е на процентный риск оказывают влияния стоимость активов в результате изменения процентных ставок на рынке.

Риск концентрации – это риск, возникающий в результате подверженности кредитной организации основным рискам, реализация которых может привести к значительным потерям, которые могут угрожать платежеспособности кредитной организации и ее способности продолжать свою деятельность.

Система управления рисками банков подчеркивает их особый статус, а также социальную и экономическую значимость.³

Следующим сущностным признаком предпринимательской деятельности является направленность на систематическое получение прибыли. Анализируя юридическую литературу и судебную практику, нельзя не заметить, что произошла подмена понятий: вместо понятия "направленность на систематическое получение прибыли" рассматривается понятие "систематическое получение прибыли". Так, выделяя признак "систематизм", придает ему двойственное значение: с одной стороны, он означает систематическое получение прибыли, а с другой - систематическое совершение определенных действий. Данное положение воспринято также судебными органами. В частности, Четырнадцатый арбитражный апелляционный суд указал, что при формулировании определения предпринимательской деятельности в гражданском законодательстве в первую очередь учитываются признаки осуществления деятельности на свой риск и систематичности получения прибыли от такой деятельности. По мнению суда, признак систематичности относится сразу к двум компонентам понятия предпринимательской деятельности: во-первых, сама предпринимательская деятельность должна осуществляться постоянно и систематически, во-вторых, систематическим должно быть получение прибыли

³ Витоль Э.Ю., Тюляев Г.С. Актуальность конструкции консорциумов для российского права // Вестник гражданского права. 2018. N 1. С. 50

Исходя из приведенных выше определений и перечня признаков предпринимательской и экономической деятельности можно сделать однозначный вывод, что понятие предпринимательской деятельности уже понятия деятельности экономической и поглощается последним. Иными словами, не всякая экономическая деятельность будет предпринимательской, однако любая предпринимательская деятельность всегда носит экономический характер, являясь разновидностью экономической деятельности. Несмотря на значительную роль категории "экономическая деятельность" в правовом регулировании рыночных отношений, легального определения данного термина в российском законодательстве не закреплено. Этот пробел оказывает негативное влияние на правоприменительную практику. При этом отсутствие законодательного определения затрудняет не только квалификацию деятельности в качестве экономической, но и признание экономическими споров.

Таким образом, полностью избавиться от административно-правовых элементов в определении предпринимательской деятельности невозможно, то есть оно не может стать чисто гражданско-правовым.

Деятельность по извлечению прибыли в значительной степени осуществляется в реальном секторе экономики. Определение понятия реального сектора экономики отсутствует не только в законодательстве, но и в самой экономико-правовой доктрине оно не выведено, в связи с чем мы предложили свое определение реального сектора, которое может быть использовано в юридической науке. Понятие реального сектора экономики предполагает регулирование особого вида экономической деятельности, определение которого также отсутствует в законодательстве и доктрине.

Прежде чем переходить непосредственно к построению данного понятия, мы проанализируем другие признаки предпринимательской деятельности, содержащиеся в законодательстве, для того чтобы определиться с тем, является ли деятельность в реальном секторе экономики предпринимательской. Также

мы параллельным образом будем указывать на те признаки, которые могут быть отнесены к деятельности в реальном секторе экономики.

Итак, исходя из определения предпринимательская деятельность является самостоятельной деятельностью. Самостоятельность деятельности не означает того, что деятельность не может осуществляться при помощи наемного труда. Речь идет лишь об индивидуализации и обособлении данной деятельности.

1.2. Сущность и нормативное содержание конституционного права на свободное занятие предпринимательской деятельностью

Механизм функционирования экономической системы общества в России претерпел существенные изменения после принятия Конституции Российской Федерации, которые актуализировали понимание основных экономических отношений через призму взаимодействия юридической и фактической конституций российского государства. В то же время представляется оправданным рассматривать Конституцию как совокупность основополагающих принципов, а не свод правил, что предполагает отход от широко распространенного понятия «реальной» (то есть живой) Конституции, и изучать проблему реализации определенных норм Конституции через призму их фундаментальной природы.

Гражданско-правовые отношения, в отличие от отношений в области публичного права, отличаются относительным равенством участников, признанием за ними определенной самостоятельности воли. Это выражается в установлении принципа свободы договора.

Категория свободы в литературе, как правило, отождествляется с категорией субъективного права. При этом отмечаются и некоторые отличия одной категории от другой. Так, в Большом юридическом словаре под свободой предложено понимать закрепленную в конституции или ином законодательном акте возможность определенного поведения человека (например, свобода слова, свобода вероисповедания и др.). Правда, здесь же указывается и на некоторые

отличия данных категорий. Свобода близка к понятию права в субъективном смысле, однако последнее предполагает наличие более или менее четкого юридического механизма для реализации и обычно корреспондирующей обязанности государства или другого субъекта совершить какое-либо действие (например, предоставить работу в случае права на труд). Юридическая свобода, напротив, не имеет четкого механизма реализации, ей корреспондирует обязанность воздерживаться от совершения каких-либо нарушающих данную свободу действий⁴

Основные принципы осуществления любой деятельности в рамках правового регулирования закреплены в основном законе страны, однако конституция как документ общего нормативного характера в большей степени отражает общее представление о важности того или иного института и зачастую не дает четкого указания на принципиальные вопросы реализации той или иной основы в нормативных правовых актах, разрабатывающих Конституцию, что обуславливает наличие перегибов в развитии законодательства, наличие которых может привести к некоторому искажению смысла конституционно-правовой нормы или ее разнородному толкованию представителями различных правовых школ. В связи с вышеизложенными факторами возникает эффект «воплощения норм Конституции в Конституционном регулировании» <3>, который представляется вполне естественным для любого государства и подтверждается практикой как российского, так и зарубежного государственного строительства.

Принцип свободы договора, согласно которому граждане (физические лица) и юридические лица приобретают и осуществляют свои гражданские права своей волей и в своем интересе, они свободны в установлении своих прав и обязанностей на основе договора и в определении любых не противоречащих законодательству условий договора.

⁴ Витоль Э.Ю., Тюляев Г.С. Актуальность конструкции консорциумов для российского права // Вестник гражданского права. 2018. N 1. С. 50

Однако свободу не следует понимать только в соотношении с субъективным правом. Конечно, свобода субъекта (как право на свободу) может представлять собой субъективное право, т.е. право на свободу может быть понятием очень близким или даже идентичным понятию субъективного права. Но этим не может исчерпываться существо категории свободы, которая, будучи не закрепленной в акте законодательства, может и не представлять собой права на свободу. Более того, ряд возможностей субъекта к совершению определенных действий могут быть безразличны для общества. Например, гражданин в повседневной жизни может по своему усмотрению избрать какое-то возможное поведение в отношении того, как провести отпуск, как организовать свой досуг или досуг ребенка и др. Все это также является свободой человека, осуществляемой субъектом по своей воле и по своему усмотрению. Это есть фактическая свобода субъекта, или, иначе, свобода субъекта как его фактическое состояние. Это не только внеправовая свобода, это, видимо, еще и доправовая свобода, истоки которой уходят во времена догосударственного устройства общества.⁵

Конкретизируется принцип свободы договора, согласно которому свобода договора для участников гражданских правоотношений воплощается в нескольких формах:

1) свобода договора.

Граждане и юридические лица могут свободно заключать договор, т. е. формулу «я хочу подписать договор, но не хочу».

Как правило, принуждение к заключению договора не допускается. Однако есть исключение, а именно заключение договора может потребоваться, если:

а) заключение договора является обязательным в силу требований законодательства. К примеру, обязательное страхование или договор банковского счета;

⁵Витоль Э.Ю., Тюляев Г.С. Актуальность конструкции консорциумов для российского права // Вестник гражданского права. 2018. N 1. С. 50

б) лицо добровольно взяло на себя такое обязательство

Иными словами, конституционные акты многих стран, особенно стран с развитой рыночной экономикой, в той или иной форме закрепляют свободу предпринимательства, которая рассматривается как общественная свобода. Однако практика осуществления этой свободы, степень ее гарантирования различны и во многом зависят от внутренних экономических и политических основ, сложившихся в обществе и государстве, которые не в полной мере отражены в тексте Конституции. На самом деле Конституция-это лишь та часть айсберга общественных отношений, которая видна над поверхностью воды для других стран и их собственных граждан, но под поверхностью воды могут быть движения, которые только частично можно оценить как не противоречащие Конституции, ее духу как документу свободного демократического общества.

Согласно Конституции, каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной экономической деятельности, не запрещенные законом. Хозяйственная деятельность, направленная на монополизацию и недобросовестную конкуренцию, не допускается. Сама формулировка, указанная в Конституции, актуализирует взаимосвязь права и свободы в регулировании вопросов, связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, что не случайно. Закрепляя свободу предпринимательской деятельности, государство лишь указывает вектор развития, направленный на предоставление человеку возможности создавать интеллектуальный или материальный продукт и продавать его на свободном рынке товаров и услуг за счет использования собственного и наемного труда, что делает свободу предпринимательской деятельности не абсолютной. Однако не абсолютность этой свободы не означает, что она находится в иерархии прав и свобод в самом непривилегированном положении, в связи с чем возникает вопрос о важности этой свободы и возможности пренебрежения ею ради соблюдения и реализации других прав и свобод. Особое значение имеет постановка этого вопроса для тех стран, для которых решение этой проблемы является не только целью

теоретического осмысления в процессе систематизации знаний, но и важных для будущего развития страны, поскольку гармоничное развитие общества становится невозможным без кардинального решения о приоритетах экономической политики государства.

Свобода - категория общественная. Она является продуктом общества и существует только в пределах общества в определенном нравственно-временном континиуме. При этом необязательно, чтобы все возможные проявления свободы субъекта были отражены в законодательстве, вытекали из него. При совершении субъектом безразличных для общества действий не требуется оформлять возможность их осуществления как право соответствующих субъектов, которым корреспондировали бы чьи-то обязанности, то есть обеспечивать правовое оформление их свободы. Свобода субъекта здесь существует как его фактическое состояние, как фактическая свобода. Вместе с тем свобода субъекта как его фактическое состояние осуществляется в человеческой среде, в обществе. Вне человеческого общества немислимо само понятие свободы. Другое дело, что не все проявления личной свободы могут быть урегулированы, однако стоит только субъекту посягнуть на интересы другого лица или лиц, как ему тут же дадут понять, что он допустил нарушение свободы других лиц. Например, любитель музыки по своему выбору решает, какие произведения и каких авторов он будет прослушивать, но, если при этом громкость звучания будет такова, что он будет нарушать право других лиц на отдых, этого субъекта могут ожидать неблагоприятные последствия.

Свобода - это общественное отношение, которое регулируется правом и обычаями; основывается на нравственности и следует традициям соответствующего общества.

Однако понимания свободы как фактического состояния индивида в современном обществе явно недостаточно, поскольку осуществление свободы конкретным субъектом может происходить среди других лиц, т.е. в обществе, и потому требуется соответствующее регулирование взаимоотношений одного индивида с другим или с другими. Кроме того, свобода члена общества

нуждается в защите от посягательств со стороны других членов общества, а такую защиту может предоставить только государство. В этом случае возникает необходимость закрепления в законодательстве соответствующих возможностей субъекта. Свобода становится уже правовой категорией, определяющей правовое состояние субъекта, т.е. свобода как правовое состояние.

В качестве правового состояния свобода индивида оформляется в тех случаях, когда соответствующие ее проявления нуждаются в указании их в законодательстве, с тем чтобы, во-первых, закрепить соответствующие свободы за конкретным субъектом, во-вторых, предусмотреть механизм их осуществления и, в-третьих, обеспечить защиту в случае нарушения.

В настоящее время в России наблюдается замедление темпов экономического развития, а предпринимательская деятельность рассматривается как сфера, требующая различных ограничений со стороны государства для достижения общественных интересов, т. е. предпринимательская деятельность, по своей природе свободная, рассматривается с позиции принципов публичного права. Эти предпосылки приводят к возникновению следующей общей тенденции правового регулирования: процесс подавления частного права публичным правом, частных интересов публичными интересами. Возможно, причины этого кроются в том, что в формировании основ российского конституционализма не было поддержки в виде растущего среднего класса с присущими ему политическими интересами, а в развитии рыночной экономики в России предприниматели не являются основой для формирования концепции современного российского конституционализма, поскольку поддержка оказывается прежде всего российской бюрократии.⁶

Свобода как правовое состояние - это качественно иной, более высокий уровень свободы субъектов, которые не могут быть ограничены в своей свободе иначе как в случаях и в порядке, установленных законом. Тем не менее если это

⁶ Воронцов С.Г. Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. N 4. С. 402

произойдет, то в случае несоблюдения установленных законом ограничений свободы соответствующие акты государственного или иного органа будут являться недействительными. Наконец, что очень показательно, сам субъект по общему правилу не может полностью или частично отказаться от свободы, определяющей его правовое состояние. Если же такое случится, то соответствующие сделки являются ничтожными.

Западное понимание конституционализма исходит из противоположных принципов: ограничения власти для развития предпринимательства. Западная наука исходила прежде всего из признания источников права экономических отношений, например, Иоанна Локк отметил " первоначальное провозглашение естественных ограничений власти, которые носят прежде всего экономический характер." Однако сами эти положения не связаны с особенностями каких-либо экономических отношений. Это главное для Джея. Локк должен найти что-то, что даст человеку возможность реализации свобод

Свободное предпринимательство не считается абсолютным правом в Западной доктрине, хотя на протяжении всей истории ряда стран, таких, как Соединенные Штаты, свободное предпринимательство пользовалось приоритетной защитой в суде, а не даже социальными правами. "Кульминационным моментом, возможно, был случай Лохнера против Нью-Йорка в 1905 году.⁷

Таким образом, не только представители западной науки, но и сотрудники правоохранительных органов исходят из приоритета свободы предпринимательской деятельности над многими другими правами. Следовательно, не только сами конституционные положения, но и существующая конституционная система должны способствовать реализации свободы предпринимательства.

Похоже, что поиск оптимального сочетания свободы и ограничений предпринимательской деятельности лежит в плоскости экономической и

⁷ Воронцов С.Г. Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. N 4. С. 402

политической целесообразности, но юридическое оформление позволяет построить результат такого поиска в правовое пространство как основной принцип экономической политики государства.

Свобода договора в первую очередь выражается в способности заключать договор добровольно, в том числе самостоятельно выбирать форму договора.

К примеру, при заключении кредитного договора стороны могут не заключать договор в письменной форме, а составить договор в виде отдельного документа (квитанции или иного документа).

Однако закон может установить обязательные требования к форме договора, несоблюдение которого может привести к признанию договора недействительным, применения иных последствий. Например, законодатель требует заключения договора займа в письменной форме в случаях, когда договор займа заключен между гражданами и его сумма превышает десять тысяч рублей, а если займодавцем является юридическое лицо, независимо от суммы договора.

Но даже в рамках требования к письменной форме договора, стороны имеют право выбирать, как конкретно наблюдать в письменной форме: заключить договор в виде отдельного документа или путем обмена письмами, телеграммами и т. д. если, конечно, законом не предусмотрено иное.

Стороны, как указывалось выше, имеют право заключить любой договор, даже если это не предусмотрено законом, или по его условиям - смешанный договор, содержащий условия различных договоров.

В данном случае, это не будет называться такой договор, но предмет договора, фактическое содержание прав и обязанностей сторон, распределение рисков и т. д.. Общие положения о заключении договора будут применяться к статутным договорам, а также к "обычным" договорам.

Договор заключается, если стороны, в форме, требуемой в случаях достижения соглашения по всем существенным условиям договора.

Это означает, что стороны для заключения договора должны, во-первых, выразить желание его заключения, а во-вторых, прийти к общему согласию об

условиях договора, т. е. поддерживать баланс интересов, который устраивал бы всех при заключении договора. Как правило, это происходит путем направления оферты и ее акцепта, либо заключения переговоров об условиях договора при наличии разногласий.

Стороны могут выработать и согласовать условия договора "с нуля", либо использовать примерные условия (нормативная документация), разработанные в том числе саморегулируемыми и иными некоммерческими организациями участников рынка для договоров соответствующего вида и опубликованные в печати. В этом случае стороны могут по своему согласию предусмотреть применение таких примерных условий (типовой документации) к своим отношениям по договору как в полном объеме, так и частично, в том числе по своему усмотрению изменить положения типовой документации или согласиться не применять некоторые из ее положений.⁸

Свобода договора в части соглашения сторон может быть ограничена Гражданским Кодексом, иными законами, подзаконными актами, которые устанавливают правила, содержащие определенные условия договора.

Такие нормы могут:

а) диспозитивного характера ("если иное не предусмотрено договором"), и стороны при заключении договора могут принять их или отклонить, изменить, опустить в договоре на таких условиях и тем самым применить их по умолчанию

Между тем, суд при толковании условий договора и значения диспозитивной нормы может сделать вывод о том, что диспозитивность нормы ограничивается определенными пределами, в пределах которых стороны договора могут свободно устанавливать условие, отличное от содержащегося в ней правила.

Пример диспозитивной нормы:

б) императивный характер.

⁸Воронцов С.Г. Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. N 4. С. 402

По признакам императивности, что императивный характер нормы может иметь как прямой запрет на ее изменение в тексте нормы, так и в силу цели законодательного регулирования, необходимость сбалансировать интересы сторон.

Как общее правило, изменить условия, указанные в таких правилах, невозможно, но Сак РФ выразил свою позицию о возможности признания судом того, что данный запрет не позволяет сторонам устанавливать только условия, нарушающие охраняемые законом интересы стороны, на защиту которой направлено данное правило, и позволяет устанавливать такие условия договора, которые либо улучшают положение стороны по сравнению с обязательной нормой, либо находятся в пределах смысла запрета. Например, при запрете одностороннего повышения процентной ставки по кредитному договору с гражданином-заемщиком необходимо установить условие о возможности ее одностороннего снижения.

При толковании условий договора, спора о природе верховенства права и возможности его изменения суд будет учитывать предмет договора, его сущность, степень, в которой верховенство права соответствует существующим отношениям между сторонами, цели законодательного регулирования.

Пример императивной нормы.

Свобода договора в части согласования условий договора может быть ограничена не только опциональностью или императивностью норм права по соответствующему виду договора, но и предметным составом сторон договора и условиями его заключения, в частности способностью соблюдать равенство сторон при согласовании условий договора.

Таким образом, закон, а также Суд при отсутствии прямой защиты закона могут защищать более слабую сторону, которая не смогла в полной мере согласовать условия договора:

а) в связи с более низкими профессиональными знаниями (например, гражданин и банк при заключении кредитного договора);

б) в силу неравенства переговорных возможностей (например, индивидуальный предприниматель и крупный холдинг по договору поставки).

То есть, суд при определении возможности ограничения свободы договора в согласовании условий рассматриваются, в частности, было ли присоединение к предлагаемым условиям вынужденным, а также учитывает уровень профессионализма сторон в соответствующей сфере, конкуренцию на соответствующем рынке, наличие у партии есть реальные возможности вести переговоры или заключить аналогичный договор с третьими лицами на иных условиях и т.д.⁹

Защита свободы предпринимательской деятельности необходимо, прежде всего, на стимулирование экономики и выработки государственной экономической политики, учитывающей интересы как предпринимателей, так и общества в целом.

Таким образом, свобода как правовое состояние человека формируется не сразу с его рождения, поскольку требуется регистрация рождения и присвоение ему имени. В других случаях необходимо достижение определенного возраста, заключение брака, совершение какой-либо сделки и т.д., а до этого момента свобода будет в той или иной мере формальной, но не реальной категорией.

Поэтому представляется, что и в более общем плане свобода человека в качестве его правового состояния обеспечивает лишь формальную, но не реальную свободу и, соответственно, формальное, а не реальное равенство. Осуществление человеком своей свободы в приобретении конкретных прав (субъективных прав) зависит уже не только от его воли и усмотрения, но и от наличия у него соответствующих, в том числе экономических, условий. Закрепленная в законе свобода как элемент правового состояния лица гарантирует ему лишь формальное, но не реальное равенство, и в соотношении с теми субъектами, которые обладают, в частности, необходимыми экономическими условиями, формальная свобода в реальности становится

⁹ Воронцов С.Г. Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. N 4. С. 402

несвободой. Свобода как правовое состояние определяет объем возможного поведения лица, обозримый горизонт его жизни, но без необходимых у него соответствующих условий, в том числе экономических, данная свобода является формальной, абстрактной категорией. Таким образом, чем более развитой будет экономика страны, на более справедливых началах будет распределяться среди членов общества произведенный общественный продукт, тем более свободными и равными в своих правах будут граждане этой страны.¹⁰

Ограничение предпринимательской деятельности преследует следующие основные цели: обеспечение безопасности потребителей услуг, оказываемых предпринимателями, и обеспечение частных и публичных начал в сфере предпринимательской деятельности. Так, возможные ограничения федеральным законом прав владения, пользования и распоряжения имуществом, а также свободы предпринимательской деятельности и свободы договоров, исходя из общих принципов права, должны отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, пропорциональными, соразмерными и необходимыми для защиты основных конституционных ценностей, в том числе прав и законных интересов других лиц, а государственное вмешательство должно обеспечивать частное и публичное начала в сфере экономической деятельности.

С этих позиций свободу субъекта как его правовое состояние можно рассматривать как возможность для него иметь когда-либо какую-то реальную меру дозволенного поведения. Свобода как правовое состояние есть нечто такое, что еще никоим образом не проявилось, а лишь может когда-либо проявиться в конкретных действиях (конкретном поведении) субъекта права. Следовательно, свободе субъекта как его правовому состоянию соответствует философская категория "возможность".

Напротив, свобода как субъективное право - это уже осуществленная возможность, реализованная свобода, пребывавшая до этого в качестве правового состояния. Это нечто такое, что составляет гарантированную меру

¹⁰Воронцов С.Г. Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. № 4. С. 402

реального поведения, обеспеченную обязанностями других лиц. Такой свободе соответствует философская категория "действительность". Одно дело быть свободным приобрести в собственность, например, квартиру (свобода как правовое состояние), и совсем другое - уже иметь данное имущество в собственности, т.е. быть свободным по своему усмотрению и по своей воле владеть, пользоваться и распоряжаться этим имуществом (свобода как субъективное право).

Свобода как субъективное право означает установленную законом и гарантированную государством меру возможного поведения субъекта. В данном случае указание на меру поведения говорит о том, что свобода не безгранична, ей установлены пределы, нарушение которых влечет неблагоприятные последствия для субъекта. Так, при анализе права на свободу договора можно установить в законодательстве множество ограничений данного права.

Иными словами, в первом случае достижение целей способствует достижению экономической цели предпринимательства, во втором - социальной цели. Представляется, что возможность принудительного сочетания социально-экономических функций предпринимательства является лишь иллюзией, поскольку предприниматель и без прямых указаний законодателя выполняет социальную функцию, например, в процессе мотивации работника к повышению качества работы, экономической активности работника, что выгодно для предпринимателя. Сам принцип свободы, в том числе и свободы предпринимательства, предполагает возможность выбора средств для достижения различных целей, введение ограничений по этому конституционному принципу возможно, но невозможность четко определить границы вторжения государства в бизнес-структуры ставит вопрос о том, насколько необходимо такое вторжение, если априори государство стремится оказать существенное влияние на предпринимателей, но такое давление

способствует исчезновению предпринимательства, особенно не связанных с предоставлением работ и услуг для нужд государственных систем.¹¹

Наконец, в качестве еще одного общего правила, направленного на ограничение свободы поведения субъектов, следует указать положение закона о недопустимости злоупотребления свободой, т.е. о реализации субъектом своей свободы исключительно с намерением причинить вред другому лицу, а также иной заведомо недобросовестной реализации свободы. В договорных отношениях, например, это может проявиться в навязывании продавцами потребителям дополнительных товаров, услуг или работ; включении в договор условий, устанавливающих устранение или ограничение конкуренции на товарных рынках, и др.

Свобода и ее ограничения находятся в сложном диалектическом взаимодействии. С одной стороны, свобода необходима для нормальной жизни субъекта, с другой - неограниченной свободой может нарушаться свобода других лиц. Посредством ограничений и, наоборот, их отмены, а также установления неблагоприятных последствий (ответственности) для субъектов за выбор соответствующего поведения общество пытается достигнуть баланса интересов субъектов и общества, а стабильность общества в известной мере является свидетельством достижения указанного баланса. Таким образом, свобода выбора поведения и ответственность за этот выбор являются основой формирования правопорядка в стране.

Таким образом, можно констатировать, что существуют различные подходы к пониманию свободы бизнеса и его границ. Реализация того или иного подхода в конкретном государстве должна зависеть от целей государства, общих принципов взаимодействия государства, общества и предпринимательства. В то же время, основные принципы, закрепленные в Конституции, не должны противоречить общей модели государственного управления, поскольку в противном случае невозможно достичь гармоничного

¹¹Воронцов С.Г. Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. N 4. С. 402

развития отношений. Таким образом, гражданско-правовые отношения строятся на принципе свободы договора, способности сторон правоотношений определять необходимость заключения договора, выбирать вид договора и согласовывать его условия, которые наилучшим образом отвечают их интересам. Между тем, свобода договора не является абсолютной, в целях поддержания баланса между интересами общественности и интересами участников гражданских отношений могут быть наложены ограничения на форму и условия договора, добровольный или обязательный характер его заключения и т. д.

1.3 Место и роль права на свободное занятие предпринимательской деятельностью в системе конституционных прав и свобод

Свобода предпринимательской деятельности предполагает свободу производить, сберегать, инвестировать, пользоваться заработанным, а также использовать любые денежные единицы по согласию участвующих сторон, т.е. свободно использовать свои способности для занятия предпринимательской деятельностью.

В соответствии с Конституцией РФ каждый гражданин имеет право на занятие предпринимательской деятельностью, мало того, экономическая деятельность свободна, а частная собственность защищается государством наравне с государственной

Это взаимодействие осуществляется в сферах инвестиций и софинансирования, контрактной деятельности, в сфере разрешения конфликтов, противодействия коррупции, лоббирования и др. взаимодействие бизнес-сообществ и государства осуществляется в различных формах: государственно-частное партнерство, координационные советы, арбитражные органы и др. На федеральном уровне, на региональном уровне и на местном уровне разрабатываются различные федеральные порталы и институты для повышения

осведомленности и поддержки предпринимателей и их ассоциаций посредством их активного взаимодействия с государственными органами.

Конституционный принцип свободного перемещения товаров, услуг и финансовых ресурсов, в его толковании Конституционным Судом Российской Федерации, является основой особого конституционно-правового режима стабильности экономического оборота, в основе которого лежит принцип сохранения доверия к закону. Для стабильности экономического оборота государство обязано использовать правовое регулирование. Государственное регулирование рыночных отношений выражается в установлении порядка создания и деятельности их участников, такое правовое регулирование не должно нарушать равенство участников оборота, свобода принятия экономических решений.

Принцип защиты одинаково различных форм собственности призван регулировать взаимоотношения между органами власти и бизнесом. Содержание этого принципа, помимо предотвращения модели отношений между государством и бизнесом, чреватой конфликтом интересов, налагает на органы власти обязанность защищать различные организационно-правовые формы бизнеса. Принцип равной защиты накладывает определенные ограничения на степень интенсивности "ведения" частными предприятиями для государства

В настоящее время реализуется роль бизнеса в обществе и необходимость государственной поддержки реализации социально ориентированных бизнес-идей. Осуществляются также некоторые весьма конкретные меры, в том числе правовые. Создаются государственные программы, в реализации которых могут участвовать бизнес-объединения. В Трудовом кодексе Российской Федерации установлено понятие "социальное партнерство" как система отношений между работниками и работодателями, органами государственной власти, органами местного самоуправления, направленная на обеспечение гармонизации интересов работников и работодателей по регулированию трудовых отношений и иных смежных отношений. Такое партнерство основывается на

конституционных принципах содействие государства в укреплении и развитии социального партнерства на демократической основе, законности и равноправия сторон. Зачастую работодатели, являясь членами бизнес-сообществ, координируют усилия не только в бизнесе, но и в трудовой и социальной сферах¹²

Таким образом, законодательный процесс в России, оказывая огромное влияние на бизнес, зачастую тормозит его развитие. Это совершенно неприемлемо в современных условиях, когда наша страна находится под многочисленными санкциями со стороны Запада. Даже в том случае, если не принимать во внимание давление, оказываемое на российскую экономику извне, дальнейшее развитие невозможно без качественно нового подхода к бизнесу. Не стоит забывать, что в развитых странах основную роль в пополнении бюджета, занятости населения и оказании недорогих и качественных услуг играет мелкий и средний бизнес, для развития которого требуется принятие понятных и постоянно действующих правил, описываемых в нормативно-правовых актах. Следовательно, перед принятием новых законов, связанных прямо или косвенно с предпринимательской деятельностью, необходимо предварительно обсуждать их с бизнес-сообществом, выясняя непосредственно у тех, на кого эти законы будут направлены, какое влияние они окажут на ведение бизнеса, привлекая к этому процессу, помимо крупного бизнеса, несправедливо отодвинутых на второй план представителей малого, среднего бизнеса и индивидуальных предпринимателей.

Конституция Российской Федерации создает чрезвычайно общую основу для деятельности благотворительных организаций и ее специального правового регулирования. Такие организации действуют в интересах общества и призваны оказывать помощь нуждающимся группам населения. Государственные органы не имеют права создавать такие организации, так как благотворительные организации и фонды имеют право осуществлять предпринимательскую

¹² Галазова З.В. Нормативно-теоретическое обоснование права на реорганизацию юридического лица // Гражданское право. 2018. № 2. С. 6

деятельность. В связи с этим прослеживается реализация частных интересов учредителей. Государство не должно, а предприниматели и их объединения могут создавать фонды, автономные некоммерческие организации, но социальное государство может оказывать помощь и поддержку (устанавливать государственные льготы), поэтому в рамках рассматриваемого взаимодействия одним из направлений является координация усилий в социальной сфере.

Цель стандартов и правил саморегулируемой организации заключается в установлении требований, необходимых как для осуществления конкретного вида профессиональной деятельности, так и для предотвращения возможных рисков осуществления профессиональной деятельности.

Заметим, что рисковый характер свойственен не только предпринимательской, но и профессиональной деятельности.

Особое значение имеет комплаенс в рамках так называемого риск-менеджмента как специального направления экономической науки, рассматривающего возможные негативные последствия деятельности организации с позиции экономической эффективности, сохранения деловой репутации, защиты окружающей среды, безопасности, а также защиты от возможных отрицательных социальных последствий.¹³

Любая предпринимательская деятельность характеризуется рискованностью. Сущность предпринимательского риска позволяет рассматривать его не только с экономической, но и с юридической позиции

Таким образом, реализуются конституционные функции социального государства, в том числе с участием бизнес-сообществ, взаимодействующих с различными органами государственной власти. При непосредственном участии предпринимателей и их объединений, создаются рабочие места для горожан, что способствует реализации конституционного права каждого гражданина на работу. Такие ассоциации обеспечивают подготовку государственных служащих, содействуя повышению их правовой осведомленности.

¹³Галазова З.В. Нормативно-теоретическое обоснование права на реорганизацию юридического лица // Гражданское право. 2018. N 2. С. 6

Государственные органы, в свою очередь, приглашают представителей общественных объединений к участию в обсуждении важных для них и других общественных вопросов. Именно взаимодействие бизнеса и государства, а не давление второго на первое, дает определенный импульс экономическому росту, повышает "статус" страны на внешнеполитической и внутривнутриполитической арене, позволяет разрешать конфликты в бизнес-среде, улучшать бизнес-климат и действовать в интересах общества, предупреждать нарушения законодательства со стороны бизнес-структур, а также не ограничивать самостоятельность предпринимательства, исполнение своих обязательств и не нарушать права - таковы основы взаимодействия бизнес-сообществ и органов государственной власти на современном этапе.

Уровень развития общества обусловлен состоянием техники, науки и культуры. Успешность в решении стоящих перед обществом экономических и правовых проблем в значительной степени зависит от развития его интеллектуального потенциала, уровня культурного развития и правового регулирования интеллектуальных прав. Наука, культура и техника, в свою очередь, должны развиваться только при наличии определенных условий, одним из которых и является эффективное регулирование использования объектов интеллектуальных прав, в том числе в сфере медицины и фармации.

По отношению к предпринимательской деятельности комплаенс можно определить как обеспечение соответствия деятельности субъекта предпринимательской деятельности требованиям, обязательным для исполнения, которые установлены действующим законодательством и локальными актами этого субъекта, в целях обеспечения безопасности государства и общества, а также повышения конкурентоспособности хозяйствующего субъекта.¹⁴

Важность развития конкурентной среды в социальных сферах, таких как медицинская деятельность, растет с каждым годом. Здоровая конкуренция и

¹⁴Галазова З.В. Нормативно-теоретическое обоснование права на реорганизацию юридического лица // Гражданское право. 2018. N 2. С. 6

свободное предпринимательство являются важнейшими факторами развития России, устойчивости национальной экономики и защиты интеллектуальных прав в медицине. "Только физически, генетически и психически здоровые мужчина и женщина могут создать здоровую семью, не перенося бремя серьезных болезней на свою "вторую половину" и будущих детей. Стремительные темпы современной жизни не всегда предоставляют возможность плановой диспансеризации тех или иных слоев населения"

2. Проблема реализации конституционного права на свободное занятие предпринимательской деятельностью

2.1 Конституционно-правовой механизм реализации права на предпринимательскую деятельность и конституционно-правовые гарантии

Эволюция развития института конституционных гарантий прав человека происходила в большей степени в двух последних столетиях под влиянием философских конструктов юридического позитивизма и юснатурализма (естественного права).

Механизм реализации права на предпринимательскую деятельность с момента принятия Конституции Российской Федерации, что актуализировало осмысление базисных экономических отношений через призму именно взаимодействия юридической и фактической конституций Российского государства.

Вопрос о конституционно-правовом механизме реализации права на предпринимательскую деятельность в юридической литературе исследован недостаточно и в законодательстве конкретно не закреплён. В связи с чем суды зачастую сталкиваются с необходимостью правовой оценки уже совершенных действий и отнесения их либо к правомерным действиям, совершенным с целью самозащиты, либо признанию их в качестве правонарушения, что является неверным с позиции стабильности и предсказуемости гражданского

оборота. Так, по одному из дел Общество обратилось к индивидуальному предпринимателю за взысканием причиненных убытков, вызванных неисполнением обязанности по сносу самовольной постройки. Не исполнив обязанность по сносу, Общество самостоятельно ликвидировало постройку предпринимателя и обратилось в суд за взысканием понесенных расходов. Удовлетворяя заявленные требования, суд указал, что "избранный истцом способ самозащиты (снос самовольной постройки) признается судом соразмерным допущенному ответчиком нарушению и не выходящим за пределы действий, необходимых для его пресечения"

Правовое регулирование представляет собой воздействие специальными юридическими средствами, при помощи чего и обеспечивается регулирующее воздействие на общественные отношения. "Правовое средство" и "механизм правового регулирования" неотделимы друг от друга, при этом правовые средства определяются как "не противоречащие правовым нормам инструменты, предназначенные, пригодные и достаточные для достижения правовой цели" <6>. Согласимся, что правовыми средствами следует считать любые правовые инструменты и явления, пригодные и достаточные для достижения правовой цели. Следовательно, правовое регулирование, как общая правовая категория, предполагает наличие общего механизма правового регулирования, в арсенале которого находятся всевозможные средства регулирования, для правового воздействия и упорядочения общественных отношений. Например, законодательство регулирует имущественную сферу несовершеннолетних, устанавливает особенности совершения сделок такими лицами. Для достижения целей права собственности законом обеспечивается владение, пользование и распоряжение им и т.д. Следовательно, можно выделить общие средства в механизме правового регулирования.

Правовой механизм реализации права на самозащиту содержит общие и специальные правовые средства самозащиты. Первые не получили полноценного отражения в гражданском законодательстве и должны соответствовать основным началам и принципам гражданского

законодательства. Действия по самозащите должны соответствовать основной функции защиты субъективного гражданского права и быть соразмерными правонарушению. Вторую группу составляют специально установленные правовые возможности определенного поведения управомоченного лица. Их особенность заключается в том, что они являются нормативно-определенными или определены волевыми действиями сторон.

Общие и специальные правовые средства самозащиты являются правовыми средствами самозащиты и установлены в законе. Представляется, что возможность использования различного рода предметов окружающего мира при самозащите не должна сколько-нибудь поколебать само отношение к правовым средствам. Вещи необходимо воспринимать как орудия совершения правовых действий по самозащите субъективного гражданского права, которые не должны подлежать правовой оценке.¹⁵

Общая система конституционных гарантий прав человека подразумевает органичную систему правовых дефиниций, обеспечивающую возможность реализации права и защиты свободы конкретного индивида или его коллективных образований. Данная система в обязательном порядке будет включать различные механизмы реализации и защиты предусмотренных основным законом гарантий. Подобные механизмы могут быть различными, их конструкция зависит от конституционного развития каждого отдельно взятого государства.

Учитывая современное интеграционное развитие, механизмы защиты конституционных прав человека включают два уровня: национальный и наднациональный. Государственное развитие западноевропейских стран показывает, каким образом правосудие и судебная власть, в частности, стали основой защиты всего конституционного порядка, базисно опирающегося на гарантирование фундаментальных прав и свобод человека. Судебная инстанция стала гарантом не только защиты частного интереса конкретного индивида или

¹⁵Галазова З.В. Нормативно-теоретическое обоснование права на реорганизацию юридического лица // Гражданское право. 2018. № 2. С. 6

коллективного интереса его объединений, но и гарантом защиты публично-правовых интересов, арбитром в разрешении вопросов органов различных ветвей государственной власти (по сути, защищая абстрактное, неиндивидуализированное право каждого человека)

Таким образом, первично основа системы конституционных гарантий прав человека обуславливается фундаментальным закреплением демократического устройства и принципа разделения властей, где судебная ветвь власти является самостоятельной и независимой, и вся система конституционных гарантий будет выстраиваться с учетом указанных принципов, заложенных в государственный механизм. Закрепление указанного принципа (принцип разделения властей) в конституционных актах западноевропейских стран позволяет осуществлять защиту прав и свобод человека и гражданина от излишнего государственного вмешательства и во взаимосвязи с судебными гарантиями прав и свобод человека и гражданина представляет собой фундаментальный атрибут современного правового демократического государства.¹⁶

Вместе с тем практика реализации данной свободы, степень ее гарантированности различны и во многом зависят от тех внутренних экономических и политических базисов, сложившихся в обществе и государстве, которые в полной мере не находят явного отражения в тексте конституции. По сути, конституция лишь та часть айсберга сложившихся в обществе отношений, которая видна над поверхностью воды для других стран и собственных граждан, однако под поверхностью воды могут происходить движения, которые лишь в части можно оценить как не противоречащие конституции, ее духу как документа свободного демократического общества.

Во-первых, большая часть предусмотренных ГК РФ видов предпринимательских договоров имеет разновидности - договор купли-продажи (розничная купля-продажа, поставка товаров, поставка товаров для

¹⁶Галазова З.В. Нормативно-теоретическое обоснование права на реорганизацию юридического лица // Гражданское право. 2018. N 2. С. 6

государственных нужд, контрактация, энергоснабжение, купля-продажа недвижимости и предприятия), договор аренды (транспортных средств, зданий и сооружений, предприятий, а также финансовая аренда (лизинг) и прокат), договор ренты (обычная, постоянная и пожизненная) и т.д. И необходимо нужную разновидность предпринимательского договора выбрать для придания определенности тем или иным экономическим, предпринимательским отношениям. Как минимум необходимо обратить внимание на правила, относящиеся к разновидностям договоров, на которые неспециалисты редко обращают внимание.

Если стороны выбрали вид предпринимательского договора, им надлежит убедиться в том, что их отношения по данному виду не подпадают под выделенные законодателем разновидности. Это связано с существованием абсолютного, логичного, но теперь уже неписанного правила о том, что разновидности тех или иных предпринимательских договоров регулируются нормами об этих разновидностях, а во всем остальном - общими нормами о договорах и нормами о соответствующем виде, "давшем" эти разновидности. Ибо смысл разновидностей предпринимательских обязательств - именно в учете специфики предпринимательских отношений сторон, но в рамках известного типа договора и норм о договорах вообще.

Во-вторых, не всегда легко выбрать вид предпринимательского договора, ориентируясь только на его наименование, вне связи с общими нормами о договорах и обязательствах. Причин здесь две. Первая состоит в том, что ориентирами для выбора необходимого договора чаще всего выступает именно направленность будущего договорного обязательства - передать вещь в собственность (купля-продажа, заем), оказать услугу (страхование, поручение, комиссия, агентирование и т.д.), в том числе финансовую (договор банковского вклада, договор банковского счета с его разновидностями - номинального счета, счета эскроу). Вторая причина - в обновленной редакции норм обязательственного права.

Применение норм о том или ином виде предпринимательского договора (группы норм о соответствующем виде) возможно лишь к тем договорам, для регулирования которых они и предназначены. Иной подход часто ведет к тому, что выбран договор одного вида, а последствия, к которым стремился контрагент, "от другого договора".

Определенной спецификой обладает предмет организационных договоров. Его можно охарактеризовать как действия, направленные на организацию будущего правового взаимодействия сторон. Цель организационных предпринимательских договоров в целом может быть определена как создание предпосылок и условий для эффективного и оптимального взаимодействия сторон - субъектов предпринимательской деятельности организуемого правоотношения.

Следует подчеркнуть, что рамочный договор может быть определен не только по соглашению сторон, но и на основе односторонних заявлений. Это важно для практики, так как часто Генеральное соглашение об открытии кредитной линии, по сути, строится по этой модели: согласно рамочному соглашению, банк обязан выдавать кредиты, если таковые имеются, по требованию заемщика. То есть банк принимает на себя своеобразное обязательство по кредитованию спроса, а окончательное формирование обязательства по конкретному кредиту происходит не по дополнительному соглашению сторон, а по одностороннему заявлению заемщика, имеющего второе право требовать столько, сколько ему необходимо (обычно в пределах, установленных рамочным соглашением). Экономическая логика данной модели приводит к тому, что в банковской практике банк часто соглашается на такой договор только при условии, что ему будет гарантирован некоторый доход, независимо от того, будет ли заемщик запрашивать кредитные средства или нет.

Таким образом, первично основа системы конституционных гарантий прав человека обуславливается фундаментальным закреплением демократического устройства и принципа разделения властей, где судебная ветвь власти является самостоятельной и независимой, и вся система

конституционных гарантий будет выстраиваться с учетом указанных принципов, заложенных в государственный механизм. Закрепление указанного принципа (принцип разделения властей) в конституционных актах западноевропейских стран позволяет осуществлять защиту прав и свобод человека и гражданина от излишнего государственного вмешательства и во взаимосвязи с судебными гарантиями прав и свобод человека и гражданина представляет собой фундаментальный атрибут современного правового демократического государства.

2.2 Конкретизация в отраслевом законодательстве права на свободное занятие предпринимательской деятельностью

Каждый имеет право на свободное использование собственных способностей, принадлежащего на праве собственности имущества и иных материальных ценностей с целью их использования для осуществления предпринимательской деятельности. Такое право закреплено на конституционном уровне, является неотъемлемым и не подлежит ограничению даже в условиях введения особых правовых режимов.

Конституционный принцип свободного перемещения товаров, услуг и финансовых средств, в его интерпретации Конституционным Судом РФ, лежит в основе особого конституционно-правового режима стабильности экономического оборота, который базируется на принципе поддержания доверия к закону. Для стабильности экономического оборота государство обязано использовать правовое регулирование. Государственное регулирование рыночных отношений выражается в установлении порядка создания и деятельности их участников, данное правовое регулирование не должно нарушать равенство участников оборота, свободы принятия экономических решений.

В настоящее время целым рядом нормативных правовых актов различного уровня урегулированы различные вопросы в сфере

предпринимательской деятельности: направления, формы и способы ее осуществления, государственные и правовые гарантии предпринимательской деятельности, порядок охраны и защиты субъектов и содержания предпринимательства, контроль и надзор за его осуществлением и многие другие вопросы. В целом можно сказать, что на современном этапе сложилась правовая основа предпринимательской деятельности.

Следует отметить, что государством предпринимаются меры для развития различных форм предпринимательской деятельности. Малый и средний бизнес занимает значительное место в этом процессе, поскольку служит для удовлетворения потребностей отдельных индивидов или групп граждан в реализации своих прав для получения прибыли.¹⁷

Тем не менее существует целый ряд проблем в реализации исследуемого права. Причем они не всегда вытекают из самого права. Политическая, экономическая, социальная и даже культурная и духовная ситуация в обществе оказывают непосредственное влияние на реализацию самых разных прав. В частности, если говорить о предпринимательстве, на него оказывают влияние в большей или меньшей степени все вышеуказанные аспекты общественной жизни. Поэтому мы можем говорить о прямой зависимости между возможностью осуществления права на предпринимательскую деятельность и политическими, экономическими, социальными и культурными условиями развития российского общества на современном этапе.

Принцип защиты равным образом разных форм собственности призван корректировать отношения между органами власти и бизнесом. Содержание этого принципа, помимо недопущения модели взаимоотношений власти и бизнеса, чреватых конфликтом интересов, налагает на власть обязанность по защите различных организационно-правовых форм предпринимательской деятельности. Принцип равной защиты накладывает определенные

¹⁷Галазова З.В. Нормативно-теоретическое обоснование права на реорганизацию юридического лица // Гражданское право. 2018. N 2. С. 6

ограничения на степень интенсивности "ведения" частными предприятиями для государства.

Нестабильная политическая ситуация, наблюдаемая не первый год в мире, санкции, введенные против России, ограничение отношений с различными государствами, с которыми налажено долгосрочное партнерство, привели к прекращению функционирования ряда коммерческих структур, или к значительному снижению полученной прибыли.

Ряд предпринимателей осуществляют свою деятельность с практически нулевым балансом, но не спешат прекращать свою деятельность, лишь надеясь на стабилизацию политической ситуации, которая окажет влияние на восстановление экономики, а значит увеличит доходы или внедрит готовый бизнес. Поскольку многие предприниматели понимают, что уход предприятия с рынка не позволит им вернуться в будущем и потребует гораздо больше имущества и моральные усилия.

Статья 2 Гражданского кодекса Российской Федерации провозглашает предпринимательство самостоятельной деятельностью, осуществляемой на свой страх и риск, направленной на получение систематической прибыли от использования имущества, реализации товаров, выполнения работ или оказания услуг <3>. Риски при осуществлении предпринимательской деятельности должны восприниматься как риски при вхождении бизнеса на рынок или связанные с изменениями конъюнктуры рынка и решениями, принимаемыми топ-менеджерами компании, но их связь с изменениями законодательства должна быть минимальной. В случае если власть своими неожиданными действиями оказывает влияние на рынок, деловой климат в стране начинает стремительно снижаться. Для того чтобы это не происходило, бизнес должен иметь возможность влиять на действия власти в целом и на законодательный процесс в частности.

Однако объективные политические условия в любом случае привели к определенному импортозамещению, возврату части капитала в Россию, что

обусловлено в том числе боязнью его потери из-за санкций государств в отношении нашей страны.

Экономические проблемы в реализации права на предпринимательскую деятельность тесно связаны с политической ситуацией в государстве и на мировой арене. Тем не менее существуют и обусловленные чисто экономическими факторами проблемы, в частности высокие процентные ставки по кредитам, что делает недоступным для многих развитие бизнеса. Высокая конкуренция на внутреннем рынке, обусловленная, например, неравными условиями, в которых находятся крупные компании и представители малого бизнеса, неконкурентоспособность российских товаров по сравнению с зарубежными аналогами (с более дешевыми - по цене, с более дорогими - по качеству).

Тем не менее нельзя утверждать, что открытие бизнеса обуславливает его успешное функционирование. Во-первых, различные сферы предпринимательства предполагают оформление разного комплекта документов, в некоторых случаях необходимо получение лицензии, сертификатов, работники должны отвечать установленным в законе требованиям (медицинские книжки, квалификация и т.д.), помещения должны иметь определенные параметры, оборудование должно быть сертифицированным и безопасным и т.д. Все это является необходимым для обеспечения жизни и здоровья граждан, качества предоставляемых товаров и услуг, но, с другой стороны, предоставляет возможности для установления дополнительных незаконных сборов, преград, т.е. проявления коррупции.

Все вышеперечисленные проблемы, возникающие при организации и функционировании бизнеса, непосредственно взаимообусловлены правовыми вопросами. Конституционное право на свободу предпринимательской деятельности получило свое дальнейшее развитие в нормах ГК РФ, налогового и земельного законодательства, федеральных законах, регулирующих порядок регистрации юридических лиц, защиту предпринимателей, вопросы контроля за

их функционированием, инвестиционную деятельность и многих других нормативных актах

Однако следует обратить внимание на некоторые особенности российских правовых норм в сфере предпринимательства. Следует отметить, что российское право содержит довольно большой объем запрещающих и ограничительных норм. Однако нормы гражданского права в большинстве своем должны быть сформулированы таким образом, чтобы побуждать, стимулировать индивидов к совершению определенных действий, в данном случае для использования своего имущества, капитала с целью извлечения прибыли. Сформулированные подобным образом нормы несут в себе в том числе консультационную функцию, разъясняя, как необходимо поступать в определенных случаях. В настоящее время следует отметить положительную тенденцию не только в законодательном регулировании, которое переходит к диспозитивным правовым нормам в регулировании организации и осуществления предпринимательской деятельности, но и разъяснении их содержания. В частности, в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ, постановлениях Конституционного Суда РФ дается легальное толкование правовых норм и порядка их применения. Кроме того, официальные интернет-сайты органов государственной власти предоставляют информацию относительно различных процедур (так называемые путеводители).¹⁸

Представляется, что основной задачей в сфере правового регулирования предпринимательской деятельности является определение баланса таким образом, чтобы нормативные ограничения права на предпринимательскую деятельность не приводили к его умалению, наличию препятствий, преодоление которых не представляется возможным или целесообразным, т.е. к злоупотреблению правом со стороны государства. Но с другой стороны, нельзя допустить подобных злоупотреблений со стороны предпринимателей, поскольку отсутствие правового регулирования неминуемо приведет к

¹⁸Галазова З.В. Нормативно-теоретическое обоснование права на реорганизацию юридического лица // Гражданское право. 2018. N 2. С. 6

массовым нарушениям прав граждан, угрозе жизни и здоровья населения и другим неблагоприятным последствиям, а в конечном итоге не позволит качественно и эффективно развивать право на свободу предпринимательства в России.

Для эффективной реализации конституционного права на предпринимательскую деятельность важна многосторонняя, продуманная, долговременная политика, постоянные, но не чрезмерные действия со стороны государства, обеспечивающие реальность его осуществления.

2.3 Ограничения конституционного права на свободное занятие предпринимательской деятельностью

В настоящее время к числу основных задач Российского государства в сфере экономики относятся борьба с монополизацией ее отдельных секторов и неэффективностью расходования средств бюджетной системы.

Ограничения конституционного права на свободное занятие предпринимательской деятельностью связано с реализацией антиконкурентных мер.

Ограничение права судом или ограничение права в судебной практике - российская правовая система, если и допускает ограничение прав и свобод, то как бы исключительно законом, отечественная теория и практика сориентированы на главенство этого источника права вообще и особенно в части установления прав, что по умолчанию предполагает и их общий объем, и их конкретное содержание.

Ограничения конституционных прав и свобод личности можно разделить на следующие виды: 1) ограничения общего характера; 2) устанавливаемые в условиях особых правовых режимов ограничения; 3) ограничения по признаку особого правового статуса субъекта. В отличие от остальных видов ограничения в условиях военного и чрезвычайного положения всегда носят

временный характер, устанавливаются только на основе федерального конституционного закона

Конституция РФ устанавливает перечень прав и свобод, которые не подлежат ограничению. Мой следующий тезис (не бесспорный, требующий специального рассмотрения и обоснования) состоит в том, что содержащийся запрет адресован законодателю, а судебные органы вынуждены ограничивать права и в сфере действия обозначенных прав в той степени, в какой они связаны с реализацией иных конституционных ценностей. Разумеется, во имя человека, во благо человека, поскольку человек объявляется Конституцией высшей ценностью

Запрещается заключение соглашений между организаторами торгов и (или) заказчиками с участниками этих торгов, если такие соглашения имеют своей целью либо приводят или могут привести к ограничению конкуренции и (или) созданию преимущественных условий для каких-либо участников, если иное не предусмотрено законодательством Российской Федерации

Ограничения конституционных прав и свобод должны отвечать требованиям справедливости: 1) быть равными для находящихся в одинаковом положении лиц и 2) быть меньшими в отношении более уязвимых лиц, если равная степень ограничения с другими лицами влечет для них более тяжкие последствия. Необходимость ограничений означает закономерность достижения с их помощью конституционно значимых целей при невозможности их достижения иными средствами; адекватность - реальную способность достижения таких целей установленными ограничениями. Пропорциональность предполагает, что ограничения должны быть наименьшими из возможных, а также запрет на положение обременений сверх необходимости. Соразмерность - сохранение баланса между необходимостью достижения конституционно значимых целей и степенью ограничений с учетом реальной тяжести

социальных последствий от ограничений прав для общества и его различных слоев.¹⁹

Представляется очевидным, что информация, которую не должны получать дети, является вредной и для общества в целом, поскольку вред, причиненный психическому здоровью ребенка, безусловно, отразится на его поведении, на отношении ко всему миру, а в массовом порядке повлечет негативные последствия в виде размывания традиционных российских духовно-нравственных ценностей и ослабления единства многонационального народа нашего государства, т.е. подрывает национальную безопасность России.

Так, например, это относится к деятельности, которая:

- побуждает детей к совершению действий, представляющих угрозу их жизни и (или) здоровью, в том числе к причинению вреда своему здоровью, самоубийству;

- вызывает у детей желание употребить наркотические средства, психотропные и (или) одурманивающие вещества, табачные изделия, алкогольную и спиртосодержащую продукцию, принять участие в азартных играх, заниматься проституцией, бродяжничеством или попрошайничеством;

- обосновывает или оправдывает допустимость насилия и (или) жестокости либо побуждает осуществлять насильственные действия по отношению к людям или животным, за исключением случаев, предусмотренных настоящим Федеральным законом;

- отрицает семейные ценности, пропагандирует нетрадиционные сексуальные отношения и формирует неуважение к родителям и (или) другим членам семьи;

- дискредитирует родителей и воспитателей, подрывает доверие к ним у несовершеннолетних;

- оправдывает противоправное поведение;

¹⁹Галазова З.В. Нормативно-теоретическое обоснование права на реорганизацию юридического лица // Гражданское право. 2018. N 2. С. 6

- создает у несовершеннолетних впечатление о том, что обладание рекламируемым товаром ставит их в предпочтительное положение перед их сверстниками;

- формирует комплекс неполноценности у несовершеннолетних, не обладающих рекламируемым товаром;

- формирует у несовершеннолетних комплекс неполноценности, связанный с их внешней непривлекательностью.

Проведенное исследование доказывает, что в России есть виды деятельности, которые не запрещены законом, а возможно, лишь ограничены им, но при этом входят в противоречие с нормами морали, т.е. большинство нашего общества к ним относится негативно (производство и продажа алкоголя, табачных изделий, товаров "для взрослых", жестоких компьютерных игр, проведение аборт (без медицинских показаний), организация азартных игр, деятельность офисов микрозаймов, тренинги личностного роста (применение НЛП-технологий), телевизионные оккультные программы, коллекторская деятельность и т.д.)²⁰

Конституционный Суд РФ указывает на недопустимость использования средств уголовного закона для несоразмерного, избыточного ограничения прав и свобод при применении мер уголовной ответственности. По его мнению, конституционными требованиями справедливости и соразмерности предопределяется дифференциация публично-правовой ответственности в зависимости от тяжести содеянного, размера и характера причиненного ущерба, степени вины правонарушителя и иных существенных обстоятельств, обуславливающих индивидуализацию при применении тех или иных мер государственного принуждения. Соответственно, меры, устанавливаемые в уголовном законе в целях защиты конституционно значимых ценностей, должны определяться исходя из требования адекватности порождаемых ими последствий (в том числе для лица, в отношении которого они применяются)

²⁰Галазова З.В. Нормативно-теоретическое обоснование права на реорганизацию юридического лица // Гражданское право. 2018. N 2. С. 6

тому вреду, который причинен в результате преступного деяния, с тем чтобы обеспечивалась соразмерность мер уголовного наказания совершенному преступлению, а также баланс основных прав индивида и общего интереса, состоящего в защите личности, общества и государства от преступных посягательств. Принцип соразмерности правонарушения и мер юридической ответственности обязывает федерального законодателя устанавливать меры уголовной ответственности, адекватные общественной опасности преступления, отграничивая при этом запрещенные уголовным законом деяния и уголовные наказания от административных правонарушений и мер административной ответственности, не допуская смешения оснований и видов уголовной и административной ответственности

В том случае, если мы рассматриваем право (объективное) в качестве закрытой системы стандартов, содержащей в себе ответы на все юридические вопросы, то вопрос существования субъективных прав (в том числе и конституционных), их пределов ограничений сводится, скорее, к соблюдению законной процедуры их установления. Суды не могут решать дело и устанавливать какие-то ограничения в случае пробела в праве или законе. Можно предположить и с использованием всех формально-юридических и социологических средств доказать, что отсутствие надлежащего регулирования представляет собой именно пробел в праве, а не какое-то сходное с ним явление. По общему правилу судам позволено решать дело по аналогии закона или аналогии права. Однако это правило не распространяется на случаи творческого (самостоятельного, вне и без закона) установления ограничений судом, оговорки уместны, видимо, и здесь, особенно по отношению к судебным актам высших судебных инстанций. В теории в той степени, в какой признается создание прецедентных решений высшими судами, обосновать можно в том числе и первоначальное установление ограничений в судебных актах. Да и на практике можно это увидеть, в частности, если подвергнуть анализу практику конституционного правосудия.

При вполне определенных обстоятельствах Конституционный Суд РФ становится над законом, его решения могут подниматься над законом, отменять те или другие ограничения, введенные законодателем.

Приведенный пример дает основание для положительного ответа. Исходными положениями, которые могут послужить аргументацией, являются выводы ученых о творческой роли Конституционного Суда, о том, что некоторые его решения являются источником права, стоящим на уровне конституционного закона. Особенно значимыми здесь являются работы некоторых конституционных судей, поскольку они изнутри видят и полнокровно оценивают все обстоятельства, связанные с формированием судебных позиций и вынесением пилотных решений.²¹

На протяжении истории общества за теми или иными притязаниями признавалась приоритетность, привилегированность или же несущественность и запретность. По этой причине в определенные временные отрезки возникали споры о том, какие именно права человека получили уверенную эффективную защиту, а какие вовсе попирались и отрицались. Вместе с тем полный отказ от вторжения в область конкретного субъективного конституционного права не представляется возможным.

В связи с этим возникает необходимость определения степени допустимости вторжения в область субъективных прав тех ограничений, которые устанавливает субъект внешнего контроля по собственной или общей воле (большинства или меньшинства). Вероятно, граница между чем-то допустимым и недопустимым (будь то человеческое поведение или ограничение какого-либо права) всегда будет лишь подразумеваемой и чрезвычайно условной, а также подвижной, поэтому проведение четкой демаркационной линии кажется невозможным. В то же время наполнение субъективного конституционного права не будет однородным, а, скорее, делимым на две части,

²¹ Грищенко Л.Л., Коробельникова Ю.Л. Право на свободу предпринимательской деятельности и проблемы его реализации в России // Юрист. 2018. N 4. С. 4

одну из которых необходимо оградить от каких-либо вторжений в виде ограничений.

Хотя, безусловно, изначальное состояние деловой репутации должно учитываться судами в диффамационных спорах.

Общество и государство развиваются, но преемственность поколений должна быть только в позитивном плане, передаваться должно только лучшее.

С учетом этого государство вынуждено действовать настойчиво и планомерно. Должно смениться много поколений, чтобы избавиться от всего вредного, что присуще нашему обществу.

Бизнес должен понимать свою роль в построении гражданского общества и правового государства, иметь социальную ответственность перед обществом, соблюдать принципы человеческой морали и этики.

Поскольку в России действует принцип "разрешено все то, что прямо не запрещено", то хозяйствующие субъекты, не дожидаясь законодательных запретов и ограничений, должны обладать самоконтролем, внутренними сдерживающими механизмами, не позволяющими противопоставлять себя обществу.

При таком добросовестном поведении деловой репутации субъектов предпринимательской деятельности со стороны государства будет обеспечена надлежащая защита, что является гарантией благоприятного, стабильного развития экономических отношений.

Широкую творческую роль Конституционного Суда следует связывать преимущественно с конкретизацией права. Толкование права, строго говоря, нового к закону не прибавляет, и толкование законов входит в полномочия других органов, а разъяснение практики применения закона непосредственно отнесено, например, к компетенции Верховного Суда РФ. В случаях обнаружения пробела в правовом регулировании Конституционный Суд РФ чаще всего обращается к законодателю, указывая на возможность или необходимость принятия новых норм. Но конкретизация конституционно-правового регулирования - функция единственного органа, и этим органом

является Конституционный Суд. Например, Верховный Суд РФ (дело N АКПИ13-851 от 18 сентября 2013 г.) разъяснил, что ограничения прав собственника на земельный участок, на котором размещен объект системы газоснабжения, включающий в том числе наружный газопровод, установлены не оспариваемым в этой части нормативным правовым актом, а федеральными законами²²

Таким образом, возможные ограничения федеральным законом прав владения, пользования и распоряжения имуществом, свободы предпринимательской деятельности и свободы договоров также должны отвечать требованиям справедливости, быть адекватными, пропорциональными, соразмерными, не иметь обратной силы и не затрагивать существо данных конституционных прав, т.е. не ограничивать пределы и применение соответствующих конституционных норм. Сама же возможность ограничений (как и их характер) должна обуславливаться необходимостью защиты конституционно значимых ценностей, а именно основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства. В итоге кажется преждевременным видеть в каждом ограничении субъективного конституционного права угрозу его существованию, отождествлять ограничения с отчуждением, умалением или отменой, считая, что кроме черного и белого ничего срединного нет. Такого рода допущения могут культивировать у широкой публики недоверие к институтам конституционного права, зарождают сомнения в справедливости существования любых ограничений, что, в свою очередь, может повлечь непреодолимое желание спонтанных изменений.

²² Грищенко Л.Л., Корабельникова Ю.Л. Право на свободу предпринимательской деятельности и проблемы его реализации в России // Юрист. 2018. N 4. С. 4

3. Сравнительно-правовой анализ содержания права на свободное занятие предпринимательской деятельностью по российскому праву и праву зарубежных стран

3.1. Конституционное право на свободное занятие предпринимательской деятельностью в Китае

Современные экономические реалии, вызванные санкционной политикой стран Западной Европы и США в отношении России, с одной стороны, вызывают к жизни необходимость поиска эффективных инструментов пространственного развития экономики, а с другой - обуславливают переориентацию Российской Федерации в сторону Востока. В результате государством создаются различные территории со специальным режимом осуществления предпринимательской деятельности, в том числе на границе с Китаем. Примером таких территорий могут служить территории опережающего социально-экономического развития, создание которых изначально было возможно только в границах Дальневосточного федерального округа. В связи с этим представляется актуальным изучение опыта Китая в контексте использования территорий со специальным режимом осуществления предпринимательской деятельности.

Как и Россия, Китай в свое время столкнулся с необходимостью привлечения иностранных инвестиций. Китайская экономика, базирующаяся на социалистических началах, была закрыта для иностранного капитала. В этих условиях государство приняло решение о создании специальных экономических зон. В отличие от РФ, где особые экономические зоны, во-первых, представляют собой одну из форм поступления иностранного капитала, во-вторых, выступают одним из видов территорий с особым режимом, в Китае специальные экономические зоны (СЭЗ) являлись своеобразными анклавом рыночной экономики, доступными для иностранных инвестиций.

В настоящее время в Китае существуют различные территориальные образования, имеющие особый режим осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности. Например, зоны технико-экономического развития, зоны новых и высоких технологий, специальные экономические зоны, свободные таможенные зоны, экспериментальные зоны свободной торговли и др.

Во-первых, специальные экономические зоны являлись одной из форм развития как отдельных депрессивных регионов, так и экономики страны в целом, но не панацеей от всех экономических проблем. Создание СЭЗ носило экспериментальный характер. Оставаясь частью территории Китая, СЭЗ имели особый режим осуществления предпринимательской и иной деятельности. Фактически ключевой аспект экономической теории Адама Смита получил здесь свое прямое развитие. В итоге Шэньчжэнь, находящийся в административном подчинении провинции Гуандун, одновременно приобрел статус самостоятельного мегаполиса <4>, функционирующего на началах капитализма и рыночной экономики. Такое сочетание "благ капитализма" с основной системой Китая - социализмом породило так называемый социализм с китайскими особенностями, сущность которого может быть выражена словами реформатора Дэн Сяопина: "Ценные бумаги, фондовые рынки - это добро или зло? Они опасны или нет? Эти явления - продукт капитализма или они применимы в социалистических условиях? Давайте попробуем и увидим. Давайте попробуем в течение года или двух. Если дела пойдут хорошо, мы сможем уменьшить контроль, если же нет - мы сможем скорректировать или вовсе закрыть их; даже если нам придется закрыть их, мы можем сделать это стремительно, или постепенно, или частично"²³

Во-вторых, к моменту создания первых специальных экономических зон в мире шло активное развитие зон 4-го поколения. Зоны 4-го поколения представляют собой интегративный, или кластерный, подход

²³ Грищенко Л.Л., Корабельникова Ю.Л. Право на свободу предпринимательской деятельности и проблемы его реализации в России // Юрист. 2018. N 4. С. 4

функционирования территорий со специальным режимом осуществления предпринимательской деятельности. Несмотря на то что такие зоны зачастую объединяют в себе все виды ОЭЗ, упор делается на технико-внедренческие. Китай стал первой страной, которая активно использует зоны в качестве инструмента стимулирования процесса передачи технологий и проведения модернизации.

Так, на заре претворения концепции СЭЗ в жизнь китайское правительство в качестве реализации политики "открытых дверей" приняло решение о создании нескольких специальных экономических зон. Однако среди них именно СЭЗ в Шэньчжэне была и остается "наиболее особенной". Во-первых, потому что в рамках зоны предоставлялась широкая свобода "творить инновации", во-вторых, благодаря успешности таких инновационных проектов. Помимо инноваций на территории СЭЗ в Шэньчжэне внедрялись новые условия трудовых договоров, системы оплаты труда, а также тендерная система для реализации проектов, новая система аукционов для получения земли. В итоге СЭЗ в Шэньчжэне стала не только центром для высокотехнологичных индустрий, но и базой для лидирующих китайских компаний, таких как "Huawei Technology", "ZTE Corporation", "Tencent", "Fox Technology Group. Не столько привлечение иностранного капитала было целью создания СЭЗ, сколько привлечение иностранных технологий, разработок и инноваций.²⁴

В-третьих, специальные экономические зоны представляют собой экономические оазисы. Однако недостаточно просто создать изолированный оазис, поскольку его наличие само по себе не позволяет решить проблемы окружающей пустыни. Вследствие этого в Китае получил развитие кластерный подход. Примером его реализации может служить Новый район Пудун, который включает в себя: финансовую и торговую зону Луцзяцзуй (Lujiazui), зону обработки экспортной продукции Цзиньцяо (Jinqiao), зону свободной торговли Вайгаоцяо (Waigaoqiao), а также зону высоких технологий Чжанцзян

²⁴Грищенко Л.Л., Корабельникова Ю.Л. Право на свободу предпринимательской деятельности и проблемы его реализации в России // Юрист. 2018. N 4. С. 4

(Zhangjiang). Цель создания данных зон заключалась в использовании географического преимущества каждой из них с одновременным разграничением сферы инвестиционной деятельности

Помимо этого, 29.09.2013 Госсовет КНР принял решение о создании Шанхайской экспериментальной зоны свободной торговли (ЗСТ), представляющей собой пилотный проект китайского Правительства, нацеленный на дальнейшую либерализацию экономики. Изначально территория зоны ограничивалась 28,78 кв. км, однако в дальнейшем границы зоны были расширены за счет включения в нее Нового района Пудун. Приоритет отдается следующим видам деятельности: финансовые услуги, логистика, коммерческая торговля, профессиональные инженерные и юридические услуги, культура и развлечения, социальная инфраструктура (включая образование и медицинское обслуживание). Однако пристальное внимание уделяется развитию финансовых инструментов посредством предоставления различного рода преференций, не характерных для других видов зон. Согласно ст. 22 "О порядке управления Шанхайской экспериментальной зоной свободной торговли" (Measures for Administration of the China (Shanghai) Pilot Free Trade Zone) предприятиям, зарегистрированным на территории ЗСТ, разрешается в их коммерческих интересах осуществлять трансграничные операции в юанях <11>. Таким образом, КНР позволяет инвестировать в зарубежные фондовые рынки. В результате продуманной экономической политики китайского Правительства специальные экономические зоны как точки роста трансформировались в цепочку взаимодействий, влияющую как на развитие СЭЗ, так и на экономику Китая в целом. Кластерная политика, направленная не только на привлечение иностранных инвестиций, интернационализацию экономики, но и на социально-экономическое развитие всего Китая, принесла свои плоды.

Так, 29.01.2015 Госсовет КНР опубликовал Циркуляр о распространении опыта реформ в Шанхайской экспериментальной зоне свободной торговли на всю территорию Китая. В марте 2015 г. было принято решение о создании трех новых зон свободной торговли со сходными условиями функционирования в

провинциях Гуандун, Фуцзянь, а также в городе центрального подчинения Тяньцзинь. Более того, в дополнение к вышеупомянутым пилотным зонам свободной торговли в августе 2016 г. было объявлено о создании еще семи зон указанной категории, находящихся в провинциях Ляонин (Северо-Восточный Китай), Чжэцзян (Юго-Восточный Китай), Хэнань, Хубэй (Центральный Китай), Сычуань (Юго-Западный Китай), Шэньси (Северо-Западный Китай), а также в городе центрального подчинения Чунцин (Юго-Западный Китай). Фактически в Китае планомерно и постепенно реализуется концепция пространственного развития экономики, затрагивающая всю территорию КНР. При этом каждая из вновь созданных экспериментальных зон имеет свою уникальную специализацию.

Например, основной задачей зоны в провинции Ляонин является содействие возрождению старых промышленных районов Севера-Востока Китая, в провинции Чжэцзян - ускорение развития портовой бондовой зоны - Чжоушань, в провинции Хэнань - содействие наращиванию возможностей транспортных артерий в юго-восточных провинциях Китая, в провинции Шэньси - интеграция в процессе реализации концепции "Один пояс, один путь", в провинциях Хубэй, Сычуань и в г. Чунцине - стимулирование экономического развития регионов размещения зон (см.: Годовой обзор состояния экономики и основных направлений внешнеэкономической деятельности Китайской Народной Республики в 2016 году. С. 107 - 108).

В-четвертых, ОЭЗ характеризуются предоставлением государством резидентам ОЭЗ комплекса налоговых, таможенных льгот, административных и иных преференций. Однако опыт Китая показывает, что с развитием ОЭЗ необходимость в преференциях снижается. Так, в соответствии с уведомлением N 39 Госсовета КНР "О переходной политике предоставления льгот в отношении налога на прибыль предприятий" от 26.12.2007 для предприятий - резидентов СЭЗ с 01.01.2008 был установлен пятилетний переходный период на новые ставки: в 2008 г. - 18%, 2009 г. - 20%, 2010 г. - 22%, 2011 г. - 24%, с 2012 г. - 25% <14>. При этом данное правило распространялось только на резидентов

СЭЗ, зарегистрированных до 15.03.2007 и ранее пользовавшихся льготной ставкой налога в размере 15%. В отношении "новых" резидентов была введена единая ставка налога - 25%, единая для всех предприятий КНР. Помимо этого, преференциальный режим ОЭЗ в каждом конкретном случае носит индивидуальный характер, т.е. перечень и объем льгот варьируется в зависимости от типа ОЭЗ, ее локации, стоимости проекта и других факторов. На начальных этапах развития СЭЗ необходимо, чтобы режим осуществления предпринимательской и иной экономической деятельности внутри зоны обладал рядом преимуществ по сравнению с остальной территорией государства.

При этом для иностранных инвесторов важно не столько наличие преференций, сколько развитая инфраструктура, стабильное законодательство и "саморегулирование" зоны. Так, в рамках пилотного проекта Шанхайской зоны свободной торговли декларировалась политика "открытых дверей" с уклоном на развитие финансовых услуг и трансформации Шанхая в лидирующий международный финансовый центр. Однако ст. 11 Порядка управления Шанхайской экспериментальной зоной свободной торговли закрепляет отсылочную норму, согласно которой предусматривается создание "отрицательного списка" видов экономической деятельности, при осуществлении которых действует запрет на иностранные инвестиции по принципу "что не запрещено, то разрешено". 10.07.2017 вступило в законную силу уведомление Госсовета КНР "О специальных мерах по допуску иностранных инвестиций в экспериментальные зоны свободной торговли (закрытый перечень)" <16>. Он включает 15 видов отраслей, разделенных на подкатегории (40 пунктов) и содержащих 95 специальных мер по допуску иностранных инвестиций. По сравнению с предыдущими версиями данного перечня количество видов экономической деятельности, в иностранное инвестирование которых действует запрет, уменьшилось на 10 подкатегорий и

27 специальных мер соответственно. При этом в будущем данные изъятия ограничительного характера будут распространяться на всю территорию КНР.²⁵

Несмотря на большой опыт развития особых экономических зон, в Китае до сих пор нет единого законодательного акта, регламентирующего их деятельность. Решение о создании отдельных зон принимается Госсоветом КНР с оформлением отдельных документов. При этом администрации зон пользуются правами провинциальных правительств в области регулирования местной экономики и разработки соответствующей нормативно-правовой базы. Например, они самостоятельны в вопросах заимствования средств на мировом и внутреннем кредитных рынках, размещения за рубежом облигаций в рамках лимитов, предоставляемых центральным Правительством <18>. В некоторых случаях правовое регулирование на федеральном и региональном уровнях вступает в противоречие друг с другом. Возникает вопрос: какое законодательство подлежит применению, что, в свою очередь, препятствует привлечению иностранных инвестиций.

В-пятых, привлекательность специальных экономических зон была обусловлена не только наличием преференциального режима, но и особой системой управления. СЭЗ в Китае стали инструментом выборочного сокращения масштабов государственного вмешательства в экономические процессы. "Зона, будучи локальной социально-экономической системой, должна располагать и локальной, относительно обособленной системой хозяйственного управления, т.е. находиться вне юрисдикции отраслевых министерств и центральных ведомств.

Так, управление СЭЗ в Шэньчжэне происходило в два этапа. Вначале федеральные власти делегировали функции по управлению СЭЗ органам провинции Гуандун (по аналогии с Российской Федерацией - на уровень субъекта РФ). Однако в целях обеспечения эффективности функционирования СЭЗ государством устанавливался дополнительный контроль за органами

²⁵Грищенко Л.Л., Корабельникова Ю.Л. Право на свободу предпринимательской деятельности и проблемы его реализации в России // Юрист. 2018. N 4. С. 4

провинции посредством создания специального органа - Комитета провинции Гуандун по управлению СЭЗ, который осуществлял управление СЭЗ от имени центра. Позднее - в 1990-е гг. (и по настоящее время) - управление зоной было передано муниципалитетам (Shenzhen Municipal). При этом муниципалитеты не являются ни частью системы государственного управления, ни коммерческой организацией, однако ими довольно успешно осуществляется управление СЭЗ.

Сможет ли российская экономика использовать потенциал территорий со специальным режимом осуществления предпринимательской деятельности в той мере, в какой этого удалось достичь КНР? Протяженность границ Российской Федерации предопределяет неоднородность ее социально-экономического развития. В связи с этим государство заинтересовано в стратегии пространственного развития экономики и видит в ОЭЗ точки роста, способные наделить тот или иной субъект РФ статусом "региона-локомотива". Однако, имея для реализации вышеуказанной цели инструмент ОЭЗ, государство создает дополнительные территории со специальным режимом осуществления предпринимательской деятельности. При этом различия зачастую носят формальный характер, а цели совпадают. Закономерно возникает вопрос: реализуя заложенный в ОЭЗ потенциал не на 100%, имеет ли смысл дублировать сходные механизмы?

Китай, имея в своем арсенале зоны различных типов, преимущественно сосредоточивает свое внимание на развитии инноваций. Например, официальная государственная политика Китая ставила всяческие барьеры на пути импорта в страну устаревших или второстепенных технологий, стимулировала создание иностранными корпорациями научных и исследовательских центров непосредственно на территории КНР. Полагаем, что России необходимо пойти тем же путем. В свою очередь, развитие технико-внедренческих зон приведет к необходимости внедрения инновационных технологий в производство, задействуя тем самым различные отрасли хозяйствования. Сработает так называемый принцип домино. Налаженные связи между предприятиями будут способствовать созданию кластеров по

инициативе предпринимателей, что позволит избежать ситуации, при которой юридические лица стремятся стать резидентами ОЭЗ только с целью получения преференций, а не с целью развития собственного бизнеса. Представляется также целесообразным в зависимости от специализации зоны предусмотреть различные комбинации преференций, ядром которых помимо налоговых льгот будет выступать комплекс мер, направленный на развитие той или иной отрасли экономики (по аналогии с развитием финансовых услуг в рамках Шанхайской экспериментальной зоны свободной торговли). При этом следует избегать тотального заимствования правового регулирования института особых экономических зон в силу особенностей развития каждого конкретного государства.

3.2 Конституционное право на свободное занятие предпринимательской деятельностью в Германии

Для предпринимательской деятельности особенно важным условием стабильного развития является отсутствие внешних и внутренних угроз безопасности, наличие возможности оперативно, используя минимум сил и средств, разрешить возникшую проблему, поэтому упрощение процедуры разрешения споров в процессе осуществления предпринимательской деятельности является позитивным фактором для развития экономики государства. Создание государством условий для экономии времени и денежных средств в процессе разрешения спорной ситуации всегда воспринимается предпринимателями позитивно, что во многом обусловлено самой сущностью предпринимательства как деятельности по оптимизации бизнес-процессов и связанных с ними процедур. Процедуры судебного разбирательства не являются исключением.

Важность применения упрощенных форм производства обусловлена большим количеством факторов. В частности, "отечественный и зарубежный опыт применения указанных судебных форм свидетельствует о нарастающем к

ним общественном интересе, необходимости их изучения, заимствования наиболее эффективных форм с точки зрения реализации задач и целей российского судопроизводства. Кроме того, развитие системы электронного обмена информацией в арбитражных судах показало востребованность режима удаленного взаимодействия сторон арбитражного процесса. В связи с обозначенными обстоятельствами проявляется большой интерес к подобным технологиям, вероятность дальнейшего их распространения велика.

Права на результаты интеллектуальной деятельности в российском законодательстве имеют различные формы защиты. Одним из классических способов защиты права является регистрация объекта интеллектуальной собственности в уполномоченном органе (защита патентных прав). При этом изобретение, выраженное в патенте, имеет своих авторов, у которых в ряде случаев возникают спорные моменты по распределению не только прав на изобретение, а зачастую на получаемую прибыль или доход от использования этого изобретения в предпринимательской деятельности.

При этом надо подчеркнуть, что именно создание и введение в гражданский и хозяйственный оборот результатов интеллектуальной деятельности является основанием для исключения недобросовестной конкуренции и стабилизации рынка товаров. Классическое представление о праве интеллектуальной собственности предполагает, что именно интеллектуальные права создают стимулы для создания новых объектов оборота, в состав которых входят инновации и иные исключительные права. Хотя, с другой стороны, такой подход затрудняет оборот уже существующих и известных объектов потребителями на рынке. Полагаю, что для разрешения этой задачи необходимо использовать существующие экономические механизмы. В частности, сниженная статистическая эффективность использования знакомого товара (включающего объект интеллектуальной собственности) должна быть сверхкомпенсирована за счет повышения динамической эффективности (увеличения производства новых товаров), если

права на результаты интеллектуальной деятельности не только входят в состав такого товара, но и имеют надлежащую защиту²⁶

В Федеративной Республике Германия различные формы упрощенного производства получили большое распространение и успешно применяются. Опыт Федеративной Республики Германия доказывает эффективность использования обозначенных форм упрощенного судопроизводства. В Германии применяются такие формы упрощенного производства, как приказное производство (Mahnverfahren), документарный процесс (Urkundenprozess) и производство в мировых судебных учреждениях - амтсгерихтах (Verfahren von dem Amtsgericht). По делам, возникшим из предпринимательской деятельности, активно применяются приказное производство (имеет аналог в российском арбитражном процессе) и документарное производство (не имеет аналога в российском арбитражном процессе).

ГПУ Германии определяет сущность приказного производства как вынесение судебного приказа по ходатайству заинтересованной стороны. Как и любое упрощенное производство, приказное производство в Германии налагает на заинтересованную сторону обязанность предоставить определенный комплект документов, содержащий установленный перечень сведений, поскольку суд реагирует исключительно на информацию, полученную от сторон. Так, при подаче ходатайства о вынесении судебного приказа заявитель (или его представитель) должен прежде всего обладать информацией о должнике, например, для целей надлежащей доставки судебной корреспонденции необходимо наличие информации об адресе должника.

В судопроизводстве ФРГ справки, содержащие необходимую информацию, могут быть получены из различного рода регистров. Например, сведения о юридическом лице могут быть получены из "торгового реестра (Handelsregister), который в соответствии с § 125 Закона о делах добровольной юрисдикции ведется соответствующими участковыми судами (Amtsgericht)".

²⁶ Грищенко Л.Л., Коробельникова Ю.Л. Право на свободу предпринимательской деятельности и проблемы его реализации в России // Юрист. 2018. N 4. С. 4

В одних случаях на стороне участника общества существует самостоятельное обязательственно правовое основание, из которого проистекает дополнительное обязательство - по отношению к обязательству самого общества - отвечать по долгам этого общества. Такое основание имеет договорную природу, а потому его возникновение требует самостоятельного добровольного волеизъявления участника. Речь, в частности, идет о поручительстве, принятии на себя обязанности отвечать солидарно с обществом - первоначальным должником, гарантии и т.п. Как следует из приведенных примеров, обязанность участника в этих правоотношениях не является ответственностью в традиционном для российского юриста понимании, поскольку ее осуществление не зависит от правомерности поведения лица (участника), его вины, факта причинения вреда кредитору. Немецкие же цивилисты исходят в указанных правоотношениях из возложения на участника именно ответственности, что обусловлено особым подходом к пониманию данной категории. Через понятие ответственности (Haftung) очерчивается та имущественная масса, которая в случае неисполнения обязательства будет подвергнута "государственно-правовому принуждению" в исполнительном производстве с целью обращения на нее взыскания и последующего удовлетворения требований определенных кредиторов <10>. Поэтому, говоря о том, что имущество участника общества с ограниченной ответственностью как поручителя отвечает перед кредиторами общества, немецкие исследователи имеют в виду прежде всего возможность удовлетворения правоприязаний таких кредиторов за счет имущественной массы, принадлежащей лично участнику.

Таким образом, надо отметить, что применение новых технологий ломает основные представления о праве интеллектуальной собственности и указывает на другие складывающиеся аспекты: "один создатель (разработчик) - одно творение (инновация) - один продукт (результат интеллектуальной деятельности)". Эти представления о применении новых технологий к инновациям можно рассматривать как возможность разработчика

самостоятельно (независимо) проводить исследование, использовать созданный им объект и вводить его на рынок. При этом достаточно сложным остается вопрос инвестирования в ту или иную инновацию или уже полученный результат интеллектуальной деятельности. Однако, несмотря на все эти положения, можно утверждать, что введение новых технологий не умоляет законодателя обеспечить нормативную защиту результатам интеллектуальной деятельности независимо от их видовых характеристик или сложности составной структуры. Это связано со следующими основными положениями. Во-первых, получаемые инновации в настоящее время не имеют целью решение одной конкретной проблемы, такие инновации имеют комплексный характер и их применение может решать несколько задач.

Упрощенный порядок рассмотрения дел о взыскании долга происходит только по заявлению установленного образца. Заявление может составляться различными способами, однако важно заполнить определенный бланк заявления. Заявление нужно полностью заполнить заявителю посредством находящихся на бланке указаний по заполнению. Причем "у противной стороны есть возможность возразить против предупредительного извещения об уплате просроченного долга", что является гарантией защиты прав должника.

Вторая группа случаев возложения ответственности по обязательствам общества на его участника также предполагает наличие определенной юридической связи между участником и кредитором общества. Вместе с тем, с точки зрения его юридической квалификации, указанная связь возникает не на договорном обязательстве, а на близком к договорному или деликтном обязательствах. Кроме того, особенностью данных оснований притязаний кредиторов общества является обусловленность их возникновения совершением участником общества соответствующих неправомерных действий. Также, по общему правилу, деяние, вызвавшее к жизни обязанность отвечать по долгам общества, должно быть совершено виновно.

Другая альтернатива существует для интернет-пользователей с целью подать так называемое заявление Barcode. Для этого вида обращения с

просьбой не требуется бланк заявления. Через интернет-страницу www.online-mahntrag.de заполняются данные о сторонах дела и требованиях инициатора судебного спора, затем заявление может быть распечатано на белой бланковой бумаге.²⁷

Указанные принципы применяются и в том случае, когда в рамках переговоров или при заключении договора наименование предпринимательского общества будет дополнено указанием на правовую форму в виде "общество с ограниченной ответственностью" или "ООО", и это вызовет у контрагента не соответствующие действительности представления о том, что он вступает в договорные отношения не с предпринимательским обществом, а с обществом, располагающим уставным капиталом в размере минимум 25 тыс. евро. При этом сокращенного дополнения наименования в виде "(с ограниченной ответственностью)" либо "п.о." или "п.О." недостаточно.

В результате, если действовавшему лицу возможно вменить создание правовой видимости того, что по причине лучшей кредитоспособности общества потенциальная ситуация привлечения этого общества к ответственности является для кредитора более благоприятной, то такое лицо отвечает перед добросовестно полагавшимся на указанные обстоятельства контрагентом (действительное положение вещей не знал, не должен был знать или это не играет в данном случае никакой роли) наряду с предпринимательским обществом как солидарный должник.

Процесс внесения данных и их обработки можно считать полностью машинным, а не просто как процесс, в котором используются средства электронной обработки данных. Результат машинной проверки (например, напоминание, информация приведения в исполнение, рекламация и т.д.) производится полностью автоматизируемо, печатается принтером, вкладывается в конверт с помощью почтовой системы дополнительной

²⁷ Добрачев Д.В. Актуальные проблемы судебной практики в сфере корпоративного и предпринимательского права. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 19

обработки и франкируется. Определенные судебные сообщения также могут передаваться электронным способом.

Следовательно, в Германии осуществились самые важные цели автоматизации - повысился уровень гарантированности права на эффективную правовую защиту и уровень рациональности судебного процесса.

Подача ходатайства о рассмотрении дела о взыскании долга осуществляется следующим образом. При решении вопроса о допустимости приказного производства необходимо учитывать также случаи, когда законом устанавливается прямой запрет на осуществление по определенной категории дел приказного производства. Важно подчеркнуть, что "главным образом к таким категориям относятся требования предпринимателя, следующие из договора потребительского займа, если подлежащий указанию эффективный или первоначально эффективный годовой процент превышает действующую при подписании договора базисную процентную ставку более чем на 12%. Введением данной нормы законодатель ставил своей целью исключить выдачу судебного приказа по требованиям, основанным на противоречащих, значительно ущемляющих права должника потребительских кредита с погашением в рассрочку. Кроме того, приказное производство не допускается в случае, если выполнение требования зависит от еще не предоставленного встречного исполнения. Следовательно, предъявление требований, носящих характер встречного исполнения (например, платеж-поставка), в приказном производстве Германии исключается, даже в том случае, если должник сталкивается с просрочкой кредитора в принятии исполнения обязательств должником. Таким образом, существуют изъятия из возможности использования приказного производства."²⁸

Особенностями обладает рассмотрение дел о несостоятельности (банкротстве) в рамках приказного производства. Для этого, в частности, "предприятиям (единоличным торговцам, юридическим лицам)

²⁸Добрачев Д.В. Актуальные проблемы судебной практики в сфере корпоративного и предпринимательского права. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 19

предоставляются различные возможности для оздоровления предприятия через внедрение плана ликвидации неплатежеспособности по соглашению участников, вплоть до полного использования (ликвидации) имущества должника для совместного удовлетворения кредиторов. Задействован в таких случаях исключительно участковый суд, а именно местный компетентный суд по делам о неплатежеспособности, в районе которого предприятие или должник имеют свою общую подсудность

Таким образом, приказное производство в Германии является востребованной формой судебного разрешения споров по делам, возникшим из предпринимательской деятельности, отличительными чертами которого являются его дешевизна и простота.

Спецификой обладает упрощенное документарное производство (Urkundenprozess). Важной для применения документарного производства является возможность подтверждения всех фактов, на которых основывается заявленное требование, документами.

Документарное производство не является столь распространенным, как приказное производство, что обусловлено ограничениями на его применение. Выделяются следующие специальные процессуальные предпосылки документарного производства. "Во-первых, требование стороны должно быть направлено на выплату денежных средств либо передачу заменимых вещей или ценных бумаг. Во-вторых, перечень требований определен исчерпывающим образом за счет перечисления конкретных категорий требований.

Представляется, что опыт немецких ученых мог бы послужить инструментом для проведения более глубокого изучения правовой природы правоотношений по привлечению контролирующих несостоятельного должника лиц, в том числе участников общества с ограниченной ответственностью, к субсидиарной ответственности.²⁹

²⁹Добрачев Д.В. Актуальные проблемы судебной практики в сфере корпоративного и предпринимательского права. М.: Инфотропик Медиа, 2018. С. 19

По аналогии с доктриной Германии, руководствуясь теми признаками отдельных оснований ответственности, которые были выявлены выше, полагаем возможным квалифицировать отношения, возникающие при привлечении участника общества с ограниченной ответственностью к субсидиарной ответственности за невозможность полного погашения требований кредиторов, как проникающую ответственность, а отношения, в рамках которых субсидиарная ответственность возлагается на участника за неподачу (несвоевременную подачу) заявления должника, - как деликтную.

Документарное производство также может применяться по делам, возникшим из предпринимательской деятельности. При этом необходимо учитывать, что упрощенное судопроизводство, основанное на документах, не допускается в исках об освобождении от исполнения обязательств. Например, иск о приемке работ по договору подряда в упрощенном судопроизводстве, основанном на документах, является недопустимым.

Однако, "несмотря на отсутствие возможности подать иск в упрощенном документарном производстве в случае отказа от приемки результата работы по договору подряда, иск может быть подан в случае неоплаты заказа, если исполнитель уведомил о выполнении работ и заказчик по истечении 12 рабочих дней после письменного сообщения о выполнении обязательства не оплатил заказ. Такое же правило действует, если плата за выполнение заказа по договору подряда подлежит уплате без приемки работы, однако заказчик беспричинно и окончательно отказывается в приемке или не принимает работу в пределах определенного ему предпринимателем срока, хотя он обязан это сделать (§ 640 ГПУ Германии), так как он расторг договор о невыполненных работах, - тогда предъявляется иск только на оплату выполненных работ. Такое же правило действует, если заказчик вопреки принципу добросовестности отказывается в приемке, в частности, из-за недостатка, который является незначительным по виду, объему и прежде всего по последствиям наличия такого недостатка"

Таким образом, предприниматели в Федеративной Республике Германия могут воспользоваться упрощенными видами судопроизводства, однако

существуют определенные ограничения для рассмотрения указанной категории дел с помощью упрощенного порядка. Российской юридической практике применение упрощенных форм разрешения споров в сфере предпринимательской деятельности знакомо. Так, с 2016 года приказное производство реализуется в рамках Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. Вместе с тем немецкий опыт применения упрощенных производств доказывает, что применение в России таких форм судопроизводства должно не только реализовать важнейшие задачи арбитражного судопроизводства, но и способствовать оптимизации процедуры рассмотрения и разрешения арбитражных дел и разрешению споров в оптимально короткие сроки с привлечением минимальных затрат со стороны предпринимателей.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

В современных условиях значимость данных соглашений (договоров) сложно переоценить. Использование договора как регулятора отношений между указанными субъектами способствует развитию партнерских отношений. При этом резиденту предоставляется возможность согласовывать условия осуществления деятельности и требовать от государства исполнения своих обязанностей, а также осуществлять предпринимательскую деятельность в условиях льготного режима

К числу внешних для предпринимательства факторов также следует отнести государственные экономические и правовые способы воздействия. Так, в соответствии с законодательством на предпринимателя возложены следующие обязанности социальной значимости: работать самому или обеспечить функционирование своего предприятия, платить налоги и заработную плату.

Одним из вариантов разумного сочетания прибыльности предпринимательской деятельности и общественной пользы при ее осуществлении является социальное предпринимательство, которое охватывает виды предпринимательской деятельности, направленные на смягчение или решение социальных проблем. В качестве принципиального отличия социального предпринимательства указывается не простое извлечение прибыли от своей деятельности, а ее извлечение посредством решения социальных задач, представляющих интерес для всего общества, соответственно результатом деятельности хозяйствующего субъекта явится не только прибыль, но и социально значимый, социально полезный результат

Однако неоднозначное понимание в юридической литературе категории социальной ответственности предпринимателей предопределяет различия в позициях относительно варианта правовой модели поведения, предлагаемой к закреплению в законодательстве. Социальная ответственность предпринимательства может иметь узкое значение - как юридическая ответственность отдельных субъектов, имеющих особый правовой статус,

специфичные права и обязанности, и широкое значение - как юридическая и иные виды ответственности широкого круга предпринимателей перед обществом.

Помимо этого, указывается, что социальная ответственность предпринимательства должна рассматриваться комплексно, носить многоуровневый характер и включать как внутриориентированные, так и внешнеориентированные направления своей реализации. К внутренней сфере ответственности следует относить вопросы обеспечения работников адекватными условиями работы и жизни, развития социальной сферы, социально-экономического положения не только работающего персонала, но и членов их семей, социального обеспечения бывших работников, ветеранов, вышедших на пенсию. Внешнеориентированное направление должно включать решение проблем местного сообщества, отдельной территории, на которой расположено производство, а также участие в общегосударственных и региональных социальных программах

Решение социальных вопросов как таковых не относится к сфере деятельности предпринимателей и является прерогативой органов государства и местной власти. Государство предпринимает некоторые меры по поддержке социальной активности предпринимателей, однако они не являются системными и реализуются, как правило, на уровне регионов РФ путем оказания поддержки субъектам малого и среднего предпринимательства.

Сущность предпринимательства раскрывается двояко: со стороны его субъекта и со стороны общества. Содержанием социальной сущности предпринимательства в аспекте его субъектов является то обстоятельство, что предпринимательство выступает формой свободной реализации индивидом своих интересов, санкционированной обществом, и социум же является ресурсом предпринимательства: предприниматели - это люди, осуществляющие предпринимательскую деятельность или обладающие потенциалом для ее осуществления.

Отметим, что законодательство о других территориях с особым режимом экономической деятельности содержит нормы об ответственности участников соглашений, что, несомненно, в большей степени способствует обеспечению баланса интересов их сторон.

Таким образом, на сегодняшний день выявлен ряд проблем, препятствующих обеспечению баланса частных и публичных интересов сторон соглашений об осуществлении предпринимательской деятельности в границах территорий с особым режимом экономической деятельности. Потенциальная "опасность" выявленных проблем обусловлена их способностью снизить привлекательность указанных соглашений (договоров) для частных инвесторов, что, в свою очередь, будет препятствовать увеличению притока инвестиций в границы данных территорий.

СПИСОК ИСПОЛЬЗУЕМОЙ ЛИТЕРАТУРЫ

Нормативные правовые акты

1. Конституция Российской Федерации от 12 декабря 1993г. // Собрание законодательства РФ. – 2018. - № 4, ст. 445
2. Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14.11.2002 № 138-ФЗ (ред. от 27.06.2018) // Собрание законодательства РФ, 2018, № 46, ст. 4532
3. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 23.05.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 03.06.2018) // Собрание законодательства РФ, 05.12.1994, № 32, ст. 3301

Источники

4. Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 09.07.2016 N 158 // КонсультантПлюс.2018.
5. Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации N 1 (2018) (утв. Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 04.03.2018) // СПС "КонсультантПлюс".

Теоретическая литература

6. Андреев В.К. Создание хозяйственного общества // Предпринимательское право. 2017. N 4. С. 9 - 15.
7. Андреев В.К., Лаптев В.А. Корпоративное право современной России: монография. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2017. 352 с.
8. Андреев В. К. Обязательство, связанное с осуществлением предпринимательской деятельности (предпринимательский договор) // Юрист. 2015. № 16. С. 4.
9. Белых В.С. Правовое регулирование предпринимательской деятельности в России. – М., 2015. С. 344.
10. Беляева О.А. Предпринимательское право: Учебное пособие / под ред. В.Б. Ляндреса. 2-е изд., испр. и доп. – М.: КОНТРАКТ, ИНФРА-М, 2009.

11. Березина Е.А. Толкование договора как самостоятельный вид юридического толкования : автореф. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2001. С. 23 // СПС «КонсультантПлюс», 2018.
12. Бобков С.А. Коммерческая концессия, франчайзинг, франшиза: соотношение понятий // URL: https://superinf.ru/view_helpstud.php?id=1216 (дата обращения: 20.06.2018).
13. Булатецкий Ю.Е., Коммерческое право. – М., 2017. С. 220.
14. Белых В.С., Звездина Т.М. Понятие субъектов малого и среднего предпринимательства в науке предпринимательского права // Предпринимательское право. 2018. N 2. С. 4 – 10
15. Бирюков Д. Правовое регулирование деятельности консорциумов // Хозяйство и право. 2010. N 1. С. 118 - 119.
16. Булат А.В. Корпоративные коммерческие организации как субъекты гражданских правоотношений // Власть Закона. 2016. N 1. С. 147 - 153.
17. Бурлак А.В. К вопросу о понятии "самозанятые граждане" // Вестник Омского университета. Серия "Право". 2016. N 4(49). С. 54
18. Витоль Э.Ю., Тюляев Г.С. Актуальность конструкции консорциумов для российского права // Вестник гражданского права. 2018. N 1. С. 50 - 85.
19. Воронцов С.Г. Легальные признаки предпринимательской деятельности: проблемы терминологической определенности // Вестник Пермского университета. Юридические науки. 2016. N 4. С. 402 - 412.
20. Витрянский В.Б. Ответственность за нарушение предпринимательского договора. – М., 2011. С. 17.
21. Володина О.В. Распоряжение интеллектуальными правами по трудовым договорам и договорам заказа // Вестник Московского государственного университета приборостроения и информатики. Серия: Социально-экономические науки. 2013. № 48. С. 109-114.
22. Галазова З.В. Нормативно-теоретическое обоснование права на реорганизацию юридического лица // Гражданское право. 2018. N 2. С. 6 - 9.

23. Грищенко Л.Л., Корабельникова Ю.Л. Право на свободу предпринимательской деятельности и проблемы его реализации в России // Юрист. 2018. N 4. С. 4 - 10.
24. Гражданское право: в 3-х томах. / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого. – 4-е изд., перераб. и доп. – М., 2015. – Т. 2. – С. 641.
25. Давлетова А. Р., Лескова Ю. Г. К вопросу о пределах свободы заключения непоименованного договора // Власть закона. 2014. № 2. С. 34.
26. Долинская В. В. Договоры в предпринимательской деятельности. Учебное пособие. М. Эксмо, 2015. С. 25.
27. Ерахтина О.С. Понятие и основные особенности предпринимательского договора // ВУЗ XXI век. – 2009. – N 29. С. 88. // СПС «КонсультантПлюс», 2018.
28. Добрачев Д.В. Актуальные проблемы судебной практики в сфере корпоративного и предпринимательского права. М.: Инфотропик Медиа, 2018. 92 с.
29. Долгов С.Г. Некоторые проблемы малого и среднего предпринимательства // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2018. N 3. С. 34 - 36.
30. Ершова И. В. Предпринимательское право: элементарный курс. М., 2014. С. 344.
31. Занковский С. С. Предпринимательские договоры. М.: ВолтерсКлувер, 2014. С. 21.
32. Ковалев М. В. Предпринимательский договор в системе российского гражданского права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 6 // СПС «КонсультантПлюс», 2018.
33. Комаров С.А. Ответственность в коммерческом обороте. – М., 1999. С. 4. // СПС «КонсультантПлюс», 2018.
34. Костикова А.В. Толкование предпринимательского договора: дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2013. С. 54.
35. Костикова А.В. Толкование предпринимательского договора. С. 56.

36. Корякин В.М. Предпринимательское право в схемах: учебное пособие. М.: Проспект, 2016. 160 с.
37. Крылова Е.Г. Особенности экономического регулирования предпринимательской деятельности самозанятых в России и за рубежом // Юрист. 2017. N 6. С. 11 - 15.
38. Крюкова Е.С., Рузанова В.Д. Индивидуальный предприниматель и самозанятый гражданин: соотношение понятий // Законы России: опыт, анализ, практика. 2018. N 3. С. 21 - 26.
39. Никитина Е.Е., Оболонкова Е.В. Реформа законодательства о некоммерческих организациях: проблемы и перспективы // Журнал российского права. 2018. N 2. С. 38 - 49.
40. Осипенко О.В. Актуальные проблемы отечественного корпоративного управления // Имущественные отношения в Российской Федерации. 2018. N 5. С. 83 - 94.
41. Нуждин Т.А. Комбинированная реорганизация коммерческих организаций: монография. М.: Юстицинформ, 2018. 262 с.
42. Поморцев К.И. Формы предпринимательских объединений: от вертикали до горизонтали // Юрист. 2017. N 6. С. 40 - 46.
43. Law in America: How and Why it Works. N.Y., 1979
44. Philippa Reyburn. The Constitutional requirement of legality in limitation of human rights. USA, University of Toronto, 1999. – 28-45 p.
45. Luzius Wildhaber. The European Convention on Human Rights and International Law // International and Comparative Law Quarterly. - 2007. - Issue 2. – P. 29.
46. Beard Ch.A. American Government and Politics / with the Collaboration of W. Beard. N.-Y., 1949. - P. 19.
47. Fiona De Londras. Researching and Understanding International Human Rights Law // Independent Law Review. - 2004. - No. 3. – P. 54.