

ВЕСТНИК

Саратовской государственной академии права

НАУЧНЫЙ ЖУРНАЛ • Основан в январе 1995 года • Выходит 6 раз в год

Saratov State Academy of Law **HERALD**
SCIENTIFIC JOURNAL

№ 2⁽⁶⁶⁾ 2009

Редакционная коллегия:

- И.Н. Сенякин**, доктор юридических наук, профессор (главный редактор)
- М.И. Байтин**, доктор юридических наук, профессор
В.М. Баранов, доктор юридических наук, профессор (Н. Новгород)
- Н.А. Баринов**, доктор юридических наук, профессор
М.А. Викут, доктор юридических наук, профессор
Е.В. Вавилин, кандидат юридических наук, доцент (зам. главного редактора)
- А.И. Демидов**, доктор философских наук, профессор
О.В. Исаенкова, доктор юридических наук, профессор (зам. главного редактора)
- В.Т. Кабышев**, доктор юридических наук, профессор
В.М. Корнуков, доктор юридических наук, профессор
В.А. Летяев, доктор юридических наук, профессор (Волгоград)
- В.М. Манохин**, доктор юридических наук, профессор
Н.И. Матузов, доктор юридических наук, профессор
Б.Т. Разгельдиев, доктор юридических наук, профессор
О.Ю. Рыбаков, доктор юридических наук, профессор
доктор философских наук, профессор
- С.В. Поленина**, доктор юридических наук, профессор (Москва)
- В.В. Степанов**, кандидат юридических наук, профессор
- С.Б. Суоров**, доктор социологических наук, профессор
- В.М. Сырых**, доктор юридических наук, профессор (Москва)
- Н.И. Химичева**, доктор юридических наук, профессор
Т.И. Хмелева, кандидат юридических наук, доцент
З.И. Цыбуленко, доктор юридических наук, профессор
Б.С. Эбзеев, доктор юридических наук, профессор (Черкесск)

ISSN 1561-9494

Журнал включен ВАК Минобразования и науки РФ
в Перечень ведущих рецензируемых
научных журналов и изданий,
выпускаемых в Российской Федерации,
в которых должны быть опубликованы
основные научные результаты диссертаций
на соискание ученой степени доктора наук

Издание включено в Реферативный журнал
и Базы данных ВИНТИ РАН.
Сведения о журнале ежегодно публикуются
в международной справочной системе
по периодическим и продолжающимся изданиям
«Ulrich's Periodicals Directory».

Сайт: www.sgap.ru
E-mail: vestnik@sgap.ru

Распространяется по подписке.
Подписной индекс 46490

Редактор **Т.Ф. Батищева**

Компьютерная верстка **С.В. Демченко**

Подписано в печать 31.03.2009 г. Печать офсетная.
Формат 70×108^{1/16}. Бумага офсетная. Гарнитура
«OfficinaSansC». Усл. печ. л. 20,65. Уч.-изд. л. 21,93.
Тираж 950 экз. Заказ

Свидетельство о регистрации ПК № 7-2540
от 13 января 2004 года.

Издательство
ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права».
410056, г. Саратов, ул. Чернышевского, 135.

Отпечатано в типографии издательства
ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права».
410056, г. Саратов, ул. Вольская, 1.



© ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права», 2009

СОДЕРЖАНИЕ

Теория государства и права

- 8 **Летяев В.А.** Проблемы систематизации историографических знаний в области теории и истории права и государства
- 11 **Киселева О.М.** Поощрительно-правовая система современной России как объект реализации поощрительно-правовой политики: понятие и сущность
- 14 **Кузнецова О.Ю.** Ценз как объект общетеоретического анализа
- 18 **Лазарева А.С.** Юридический состав правомерного действия: к постановке проблемы
- 21 **Гавриленко И.В.** Вопросы правопонимания в информационном обществе

Конституционное право

- 25 **Белоносов В.О.** Толкование Конституционным Судом Российской Федерации норм уголовно-процессуального права
- 28 **Комбарова Е.В.** Конституционно-правовые процедуры разрешения разногласий между органами государственной власти Российской Федерации
- 33 **Гаврилов В.В.** Конституционное толкование уголовного закона
- 37 **Казakov Р.М.** Отечество как объект конституционно-правовой защиты гражданина
- 41 **Курдубанова М.Ю.** Отставка как мера конституционно-правовой ответственности Президента Российской Федерации
- 43 **Пирожкова Л.В.** Конституции и уставы российских субъектов как источник конституционного права
- 47 **Новикова Н.П.** Публичные интересы как основа механизма защиты прав несовершеннолетних

Международное право и сотрудничество

- 52 **Опарина М.В.** Об источниках права вооруженных конфликтов (теоретико-правовой анализ «Права Женева»)
- 56 **Абрамова С.Р.** К вопросу о международном сотрудничестве при расследовании уголовных дел о торговле несовершеннолетними
- 61 **Хэ Минцзюнь.** К вопросу о членстве в международных организациях

Гражданское право

- 64 **Волков А.В.** Классификация форм злоупотребления гражданскими правами
- 69 **Гаврилова А.М.** Разграничение договора поставки с некоторыми гражданско-правовыми договорами по предмету поставки и цели его использования
- 74 **Давидович Т.Л.** Юридическая природа права пользования жилым помещением членами семьи собственника

- 77 **Поднавознова Ю.В.** Правовое значение договора о развитии застроенной территории: дефиниции, коллизии, перспективы применения
- 81 **Рахимов Э.Х.** К вопросу о роли гражданско-правового регулирования сферы государственного заказа
- 83 **Серветник А.А.** Договорная природа прощения долга
- 88 **Серегина О.Л.** К вопросу о применении срока исковой давности к иску о признании права собственности

Гражданский и арбитражный процесс

- 91 **Кузбагаров А.Н.** К вопросу о примирении сторон по конфликтам, возникающим из публично-правовых отношений
- 96 **Григорьева Т.А., Семикина С.А.** Соответствие актов арбитражных судов установленным требованиям Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации как одно из средств повышения их эффективности
- 100 **Ефимова Ю.В.** Прокурор как субъект гражданских процессуальных правоотношений
- 106 **Семенова Е.Г.** Современный этап развития адвокатуры как структуры гражданского общества
- 108 **Бандорина Н.С.** К вопросу об участии органов исполнительной власти в гражданском судопроизводстве
- 112 **Плеханова Е.О.** Основные требования, предъявляемые к судебному решению
- 115 **Першин А.А.** К вопросу о понятии гражданской процессуальной формы
- 117 **Седышев С.Г.** К вопросу о сущности арбитражной процессуальной формы

Финансовое, банковское и таможенное право

- 120 **Шاپовалов М.А.** Система источников банковского права Франции: возможности использования положительного зарубежного опыта
- 124 **Быкова М.В.** Субъекты лизинговой деятельности в налоговых правоотношениях
- 127 **Кранчева И.А.** Обращение взыскания на заработную плату, перечисляемую на банковский счет
- 130 **Сорокина М.Н.** Таможенные реформы России XIX века: правовой аспект

Уголовное право и криминология

- 135 **Рыбак М.С., Алешина А.П.** Судимость и рецидив преступлений
- 140 **Третьяков В.И.** К вопросу о криминологическом измерении современного состояния организованной преступности в России
- 144 **Алексеева А.П.** Частная криминологическая теория предупреждения преступности в сфере профессионального спорта
- 147 **Королёва Е.В.** Классификация осужденных к лишению свободы и прогрессивная система отбывания наказания
- 151 **Брякин Н.Н.** Криминологический анализ детерминантов взяточничества
- 155 **Иванова Е.Н.** Освобождение от уголовной ответственности за дачу взятки на основании примечания к статье 291 Уголовного кодекса Российской Федерации: несовершенство существующей нормы
- 158 **Уманец В.С.** Целесообразность при неприменении дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного
- 162 **Есина Л.А.** Некоторые вопросы квалификации хулиганства
- 165 **Насиров Н.И.** К вопросу о правовом регулировании свиданий и встреч осужденных к лишению свободы
- 169 **Тришина Ж.В.** Особая жестокость как признак объективной стороны преступлений

Уголовный процесс и криминалистика

- 172 **Кисленко С.Л.** Пределы уголовного преследования в российском законодательстве: проблемы теории и практики
- 176 **Кухта А.А.** К вопросу о едином и двойном понимании доказательства в науке уголовного процесса
- 179 **Аширбекова М.Т.** О теоретической конструкции принципа публичности уголовного процесса
- 183 **Лаврухин С.В., Утешова А.С.** Структура методики выявления, раскрытия и предупреждения преступлений, предусмотренных статьей 183 Уголовного кодекса Российской Федерации и статьей 200 Уголовного кодекса Республики Казахстан
- 187 **Соколов А.Ф.** Модернизация деятельности прокурора в досудебном производстве по уголовным делам и ее последствия
- 191 **Ефремов Е.А.** Реализация прав потерпевшего в уголовном судопроизводстве
- 194 **Цимбал Л.М.** О некоторых проблемах, связанных с назначением новых видов экспертиз в российском уголовном процессе
- 198 **Финогенов Н.А.** Использование данных психологии и лингвистики в деятельности по фиксации вербальной информации
- 202 **Ахмедова М.Б.** Сущность специальных знаний и возможности их использования в уголовном судопроизводстве
- 206 **Гудзь В.Е.** Исследование места обнаружения взрывчатых веществ и взрывных устройств как начальный этап расследования преступлений

История права и государства

- 210 **Зеленов М.Ф.** Проблемы формирования правовых основ потребительской кооперации в России: вторая половина XX века
- 213 **Красильникова Т.К.** Правовой статус цеховых и купеческих корпораций в России
- 218 **Николаев В.Е.** Роль решений Правительствующего Сената в создании механизма защиты авторских прав драматургов во второй половине XIX века

Другие отрасли права

- 222 **Волкова Л.П.** Вопросы местного значения как основа формирования компетенции исполнительных органов местного самоуправления
- 224 **Железинский А.А.** Соблюдение права человека на благоприятную окружающую среду как основной принцип охраны окружающей среды

Рецензии

- 227 **Сенякин И.Н., Хмелева Т.И.** Рецензия на монографию: Волков А.В. Теория концепции «Злоупотребление гражданскими правами». — Волгоград: Изд-во Волгоградского ун-та, 2007. — 352 с.
- 230 **Санникова Л.В.** Рецензия на монографию: Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских прав. — М.: Волтерс Клувер, 2009. — 360 с.

232 **Конференции**

234 **Информация**

236 **Аннотации**

CONTENT

Theory of State and Law

- 8 **Letyayev V.A.** Problems of Historiography Knowledge Systematization
- 11 **Kiseleva O.M.** Encouragement-Legal System of Modern Russia as the Object of Encouragement-Legal Policy Realization: Concept and Essence
- 14 **Kuznetzova O.Y.** Qualification as the Object of the General-Theoretical Analysis
- 18 **Lazareva A.S.** Legal Components of the Lawful Act as the Problem
- 21 **Gavrilenko I.V.** Comprehension of Law in the Information Society

Constitutional law

- 25 **Belonosov V.O.** Constitutional Court of the Russian Federation Interpretation of the Criminal-Procedural Law Rules
- 28 **Kombarova E.V.** Constitutional-Legal Procedures of Disputes' Settlements Between the Organs of State Power of the Russian Federation
- 33 **Gavrilov V.V.** Constitutional Interpretation of the Criminal Law
- 37 **Kazakov P.M.** Motherland as the Object of Constitutional-Legal Protection of a Citizen
- 41 **Kurdubanova M.Y.** Resignation as a Measure of the Constitutional-Legal Responsibility of the President of the Russian Federation
- 43 **Pirozhkova L.V.** Constitution and Russian Subjects Regulations as the Source of the Constitutional Law in Russia
- 47 **Novikova N.P.** Public Interests as the Basis of the Mechanism of the Minors' Rights' Protection

International Law and Cooperation

- 52 **Oparina M.V.** About the Sources of Armed Conflicts ("Law of Geneva" theoretical-legal analysis)
- 56 **Abramova S.R.** Certain Items of International Cooperation while Investigating Criminal Cases Connected with Trade (Selling) of Children
- 61 **Xce Mingtzuin.** Membership in International Organizations

Civil Law

- 64 **Volkov A.V.** Classification of Forms of Civil Rights Abuse
- 69 **Gavrilova A.M.** Differentiation of the Delivery Contract with Certain Civil-Legal Contracts According to the Subject of the Delivery and the Object of Its Use

- 74 **Davidovich T.L.** Legal Nature of Enjoyment Dwelling Right by the Owner's Family Members
- 77 **Podnavoznova Y.V.** Legal Meaning of the Contract on Progressing the Developed Territory: Definitions, Collisions, Perspectives of Application
- 81 **Rakhimov E.H.** Certain Questions of the Civil Regulation Role of the State Order
- 83 **Servetnik A.A.** Contractual Nature of the Bad Debt
- 88 **Seregina O.L.** Certain Question of the Application of the Limitation of Action Term Concerning Allowance of the Property Right

Civil and Arbitrary Proceedings

- 91 **Kuzbagarov A.N.** Certain Items of Conciliation of the Parties in the Conflicts Arising from Public-Legal Relations
- 96 **Grigorieva T.A., Semikina S.A.** Conformity of Arbitration Courts Acts with the Established Requirements of APC RF as One of the Means of Increasing Its Effectiveness
- 100 **Yefimova Y.V.** Public Prosecutor as the Subject of Civil Procedural Legal Relations
- 106 **Semenova E.G.** Modern Stage of the Bar Development as the Structure of the Civil Society
- 108 **Bandorina I.S.** Participation of the Executive Bodies in the Civil Litigation
- 112 **Plekhanova E.O.** Basic Requirements the Court Adjudication Must Meet
- 115 **Pershin A.A.** The Concept of the Civil Procedural Form
- 117 **Sedyshev S.G.** The Essence of the Arbitration Procedural Form

Financial, Banking and Customs Law

- 120 **Shapovalov M.A.** The System of the Sources of the Banking Law in France: Possibilities of Using Positive Foreign Experience
- 124 **Bykova M.V.** Subjects of the Leasing Activity in the Framework of Tax Legal Relations
- 127 **Krancheva I.A.** Turning Recovery of Penalty Onto the Salary Placing to a Bank Account
- 130 **Sorokina M.N.** Tax Reforms in Russia in XIX c.: Legal Aspect

Criminal Law and Criminal Science

- 135 **Rybak M.S., Alyoshina A.P.** Criminal Record and Criminal Recidivism
- 140 **Tretyakov V.I.** Criminological Measurement of the Modern Situation of the Organized Crime in Russia
- 144 **Alexseeva A.P.** Specific Criminological Theory of Prevention Crime in the Sphere of Professional Sport
- 147 **Korolyova E.V.** Classification of Persons Sentenced to Imprisonment and the Progressive System of Serving Sentences
- 151 **Bryakin N.N.** Criminological Analysis of Bribe-Taking Determinants
- 155 **Ivanova E.N.** Exoneration from the Criminal Responsibility for Giving Bribe on the Basis of Art. 291 CC RF: Imperfection of the Existing Rule
- 158 **Umanetz V.S.** Expedience while Non-Application of the Extra Punishment Stipulated as the Obligatory
- 162 **Esina L.A.** Certain Questions of the Hooliganism Classification
- 165 **Nasirov N.I.** Certain Items of the Legal Regulation of Visits and Meetings with the Persons Sentenced to the Deprivation of Liberty
- 169 **Trishina Z.V.** Wild Cruelty as the Sign of the Objective Side of Crimes

Criminal Procedure and Criminal Science

- 172 **Kislenko S.L.** Limits of Criminal Prosecution in the Russian Legislation: Problems of Theory and Practice
- 176 **Kukhta A.A.** About the Question of Uniform and Twofold Understanding of Proof by the Science of Criminal Procedure
- 179 **Ashirbekova M.T.** About Theoretical Construction of the Publicity Criminal Procedure Principle
- 183 **Lavrukhin S.V., Uteshova A.S.** Structure of Methods of Revealing, Detection and Prevention of Crimes Specified by the Art. 183 CC RF and art. 200 of the CC of Kazakhstan
- 187 **Sokolov A.F.** Renovating of the Procurator's Activity in the Criminal Proceedings and Its Consequences
- 191 **Yefremov E.A.** Realization of a Victim's Rights in the Criminal Proceedings
- 194 **Tzimbali L.M.** Certain Problems Connected with Setting New Kinds of Expert Examination in the Russian Criminal Proceedings
- 198 **Finogenov N.A.S.** Using Psychological and Linguistic Data in the Process of Fixing Verbal Information
- 202 **Akhmedova M.B.** The Nature of Special Knowledge and Possibilities of Their Using in the Criminal Proceedings
- 206 **Gudz V.E.** Examination of the Place of Finding Explosive Substance and Mechanisms for Explosions as the Initial Stage of Detecting Crimes

History of State and Law

- 210 **Zelenov M.F.** Problems of Forming of the Legal Basis of Consumer Cooperation in Russia: the Second Part of the XX Century
- 213 **Krasilnikova T.K.** Legal Status of Shop and Merchant Corporations in Russia
- 218 **Nikolaev V.E.** The Role of Governmental Senate Decisions in Creating Mechanism for Protecting Playwright's Copy Rights in the Second Half of the XIX century

Other Branches of Law

- 222 **Volkova L.P.** Local Administration Questions as the Basis of Local Self-Administration Executive Bodies' Competence Forming
- 224 **Zhelezinski A.A.** Observance of Human Rights to Conducive Environment as the Main Principle of the Environment Protection

Reviews

- 227 **Senyakin I.N., Khmelyova T.I.** Review of the Monograph: Volkov A.V. Theory of the Concept "Civil Rights Abuse". — Volgograd: Publishing House of the Volgograd University, 2007. — 352 pp.
- 230 **Sannikova L.V.** Review of the Monograph: Vavilin E.V. Exercising and Protecting Civil Rights. — M.: Volters Kluver, 2009. — 360 pp.

232 **Conferences**

234 **Information**

236 **Summary**

В.А. Летяев

**ПРОБЛЕМЫ СИСТЕМАТИЗАЦИИ ИСТОРИОГРАФИЧЕСКИХ ЗНАНИЙ
В ОБЛАСТИ ТЕОРИИ И ИСТОРИИ ПРАВА И ГОСУДАРСТВА**

Назначение «историографии юриспруденции»¹ заключается в реализации онтологической потребности юридической науки в саморефлексии своей деятельности и на этой основе — в раскрытии диапазона ее возможностей.

Историографическая саморефлексия позволяет юридической науке самоидентифицироваться в среде отраслей научного знания, а также самоотграничиться от иных, не юридических его отраслей. Через развитие своей историографии, через исследование научной традиции у юриспруденции появляется методологический инструментарий для своего самосохранения и научного самовоспроизводства. Для любой науки наступает момент, когда она должна осознавать себя как целое, осмысливать свои методы и переключить внимание с фактов и явлений на понятия, которые она использует.

Еще в древности считалось, что теория и история науки делают повествование о чем-либо наукой, поскольку они позволяют науке возвыситься над нагромождением фактов². Историографические исследования юриспруденции, безусловно, призваны восполнять пробелы в изучении принципов, методов и подходов к обработке научно-юридических текстов, в исследовании организации управляемых научных структур. Это, несомненно, будет способствовать созданию целостного представления о состоянии и тенденциях развития юридической науки.

Одной из форм выражения таких управляемых научных структур являются научные направления и научные школы. Их исследование становится одним из важнейших инструментов познания истории юридической науки. Именно с помощью историографии юриспруденции правоведение в состоянии исследовать причины и условия возникновения и смены научных школ и направлений, что позволяет не только обозначить и осмыслить основные современные тенденции в юридической науке и практике, но и прогнозировать возможные пути их развития в будущем.

Сегодня российская юриспруденция как научная отрасль представлена значительным объемом информационных ресурсов и научных знаний. Она предстает перед исследователем не только как совокупность идей, ученых и текстов, организаций, но и как область применения дискурсивных стратегий³, призванных обеспечить признание идеям, преобразовать их в научное знание. Однако эти информационные ресурсы все еще не только недостаточно исследованы, но и мало систематизированы, что значительно затрудняет поиск и исполь-

© В.А. Летяев, 2009

Доктор юридических наук, профессор, декан юридического факультета Волжского гуманитарного института (филиала Волгоградского государственного университета).

зование постоянно обновляющейся научной информации. Наличие выше обозначенных проблем затрудняет создание теоретических концепций в юридической науке, выявление в ней пробелов, создает коллизию юридических идей, которые теоретически недостаточно обоснованы. Соответственно усложняется и процесс выяснения возможности использования юридических знаний и правового опыта.

Использование исследователем в научном познании таких категорий, как научные школы, научные направления и идейно-теоретические течения — *вехи в историографии юриспруденции, один из инструментов систематизации*. Между тем исследования в этом направлении нуждаются в современных подходах, в их фундаментальном подкреплении систематизированными справочниками, содержащими индексы цитирования⁴. Историография юриспруденции значительно отстает по своему теоретическому и практическому методологическому инструментарию от историографии исторической науки. Кроме вышеупомянутых гносеологических категорий, следует признать, что слабо используются исследователями и такие методологические инструменты, как историографический метод, историографический источник и историографический факт, поколение исследователей в науке, историографическая концепция и ее отличие от «представления» ученого по какой-либо научной проблеме. Между тем не только в исторической науке, но в других отраслях научного знания эти категории давно являются обычным инструментом в исследовании.

Неразработанность в методологии юриспруденции вышеупомянутых категорий приводит к тому, что у молодых исследователей не складывается понимание того, что является историографическим источником по теме его исследования, а что научной литературой, раскрывающей степень научной разработанности темы. Это важно, поскольку от точной квалификации исследовательских средств зависят и выводы ученого.

Историография юридической науки систематизирует историко-правовой опыт, отраженный в трудах ученых-юристов, сравнивая исследовательские подходы к этому опыту разных ученых, выводит из него закономерности в истории права, делает заключение о полезности правового опыта. Но при этом, важно раскрывать и объективные условия и потребности, при которых он может быть использован⁵.

Специфика ее предмета, на наш взгляд, заключается в том, что она может обращаться к прошлому как к богатейшему арсеналу, из которого можно выбрать ценный инструментарий, как ни парадоксально это звучит, и для сегодняшнего уровня развития науки. Мы обращаемся всякий раз к прошлому идей, во-первых, для того чтобы, конечно, утолить сегодняшний интерес правовой практики, чтобы из него выбрать те правовые решения, которые в прошлом способствовали гармонизации и повышению эффективности механизма правового регулирования, но не только, тогда исследователь был бы просто ремесленником. Мы обращаемся к прошлому каждый раз для того, чтобы взглянуть на историю юридической науки с точки зрения того, какую роль данная идея сыграла в истории идей по сравнению со своими предшественниками, т. е. для выявления юридических закономерностей. Почему она вызрела именно тогда? Какие для этого были условия? Отнюдь не для того, чтобы выяснить, в чем автор той или иной идеи ошибался или что он не сделал с точки зрения современности. И здесь, поднимая проблему «исторической судьбы самой идеи», мы неминуемо выходим на исследование ценностных ориентиров современного правосознания.

Данная проблематика тесно связана и с изучением вопроса преемственности в науке и в праве. На это важно обратить внимание, поскольку через право неуклонно проявляет себя глобальная общеисторическая потребность в межкультурной, транскультурной трансляции социального опыта через современные течения философской и юридической мысли. Национальное, а, тем более, международное право включено в интенсивный культурно-правовой обмен и взаимодействие с окружающими народами. Но при каких условиях возникает потребность в научной преемственности, в приеме правового опыта? Какие инструменты для этого уже используются наукой и каковы перспективы их совершенствования? Какую смысловую нагрузку они выполняют? Исследовать это — задача истории и теории права и государства, истории учений о праве и государстве.

Ответы на эти вопросы помогают раскрыть природу преемственности в праве и в самой науке о праве, в юриспруденции. Данные проблемы приобретают сегодня актуальность даже

для законодателя, в тех случаях, когда он оказывается перед проблемой выбора объектов и методов использования своего или чужого правового опыта, выраженного в конкретных нормах или в виде научных наблюдений и концепций. Тем более актуальными становятся методологические подходы к исследованию данной проблематики.

Научные персоналии привлекают все большее внимание ученых. Юридическая наука располагает сегодня исследованиями отдельных персоналий, сыгравших значительную роль в ее развитии. Традиция таких исследований в России идет еще из XIX в. История науки через личность, которая ее развивает, — метод, давно оправдавший себя и в других отраслях научных знаний, прежде всего, конечно, в исторической науке, которая и призвана изучать историю общества в ее человеческом, личностном измерении. Научно-биографический метод позволяет увидеть развитие науки глазами конкретного ученого, а также через призму того, как на это же смотрели и современники ученого, какие следы научной истории сохранились в архивах. Все это можно называть артефактами научной юридической памяти. С помощью изучения персоналий мы сможем исследовать юридическую память народа и то, какое место в науке занимает научная и общественная деятельность данного автора, исследовать весь корпус оставшихся от него текстов, а также историю идей и их реализацию в трудах предшественников, современников, научных последователей и критиков. Все это для истории науки имеет особое значение, поскольку, исследуя современные правовые институты, всегда неизменно важной остается и задача выяснения их исходного источника, той «историко-правовой нагрузки», которая их продолжает определять и сегодня, для оптимального понимания самой юридической природы современного российского права.

При этом следует учитывать то обстоятельство, что любой ученый живет и работает в сети социальных связей и раскрытие мотивов его поведения, выявление социально-политического акцента в авторском тексте — важнейшая методологическая задача, однако в историографических работах она ставится не часто, мы не видим, оказывают ли влияние на научную концепцию ученого его общественно-политические представления и насколько, а также каким образом в научном тексте происходит взаимодействие научных принципов ученого-юриста и его мировоззрения.

При всей очевидной полезности исследования персоналий следует отметить и то обстоятельство, что увлечение научно-биографическим методом как объектом и методом научного познания может привести к «описательности» в науке. Это объясняется тем обстоятельством, что по своей архитектонике работы по персоналиям зачастую построены на описании того, что было сделано в науке главным персонажем их научной работы, или что не сделано, но уже с точки зрения современности.

Исследования значимых для науки персоналий, безусловно, необходимы. Между тем сегодня этого уже явно не достаточно, поскольку каждый из них в науке не одинок, а представляет (или возглавляет, если он достоин создания «научной персоналии») какую-либо научную школу, научное направление и работает не без воздействия на его мировоззрение идейно-теоретических течений. Поэтому современные историографические исследования непременно должны опираться на использование этого научного инструментария и для того чтобы исследовать, и для того, чтобы создавать научные концепции как инструмент развития юридической науки.

Как известно, концепция в науке — это система взглядов отдельного ученого (или группы авторов) на тот или иной предмет, созданная на основе применения научного инструментария. Научная концепция в юридической науке предполагает как неотъемлемое квалифицирующее условие — использование на нижнем этаже ее создания работу с эмпирическим материалом, источниками права и историко-правовыми источниками. Создание концепции предполагает и применение общенаучных и частнонаучных методов ее создания, привлечение к анализу научного опыта предшественников и современников, структурированного через персональные достижения, результаты работы научных школ и направлений и как результат влияния идейно-теоретических течений, существующих в современной науке. Эти параметры применимы не только к созданию современных научных концепций, но и для исследования наличия у того или иного ученого таких теоретических концепций.

В научно-юридической практике, особенно в среде молодых ученых, часто бывает наоборот. Само наличие выработанной ученым научной концепции редко бывает предметом исследо-

вания. Но даже если и делается вывод об их наличии, то редко когда молодой исследователь обращается к тому, чтобы это доказать. Бывает и так, что авторы ограничиваются описанием «взгляда» ученого-юриста на какой-либо предмет или описанием его «учения», что, конечно, для науки не только совершенно не достаточно, но и не системно. И в этом случае исследователь истории своей науки недалеко уходит от эмпирического уровня познания. Сам он не создает своей теоретической концепции, чем, возможно, невольно способствует увеличению в науке описательности.

Именно это обстоятельство и определяет интерес к таким системообразующим способам научного познания самой юриспруденции, как научные школы и научные направления.

¹ Историографию юриспруденции автор понимает не только как историю юридической мысли, а шире, как историю юридической науки, включающую, кроме исследования отдельных персоналий, также и научных школ, направлений, как носителей идей, а также и инфраструктуру науки: научные и научно-образовательные учреждения, которые в организационном плане формируют сообщества ученых.

² Хотя и без фактов она невозможна. Между тем сегодня часто можно встретить работы, в которых читатель снабжается именно фактами, т. е. в обществе господствует определенный позитивизм и прагматизм. А с другой стороны, и это неплохо. Открытие для науки фактов для последующего теоретического обобщения — одна из важнейших исследовательских задач.

³ Дискурс — (нем. Diskurs, франц. Discours, англ. Discourse) — многозначный термин-понятие, используемый чаще всего в лингвистических, литературоведческих, философских, психологических, исторических исследованиях. Первоначальное значение дискурса — «разумное размышление». Затем оно трансформировалось в значение «диалог». Важной составляющей теории дискурса является когнитивно ориентированный анализ, обращенный к ментальным структурам, механизмам, стратегиям и установкам, релевантным при порождении и восприятии высказывания (текста) // Стилистический энциклопедический словарь русского языка. М., 2006. С. 53–55.

⁴ По примеру индекса Юджина Гарфилда, уже много лет используемого в США и других странах, как в частных исследованиях, так и при организации государственного финансирования программ, имеющих существенное значение для фундаментальной науки, прикладных исследований и практики.

⁵ См.: *Музыканкина Ю.А.* Проблема юридической ответственности государства перед личностью в истории правовых учений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007; *Макарова И.В.* Влияние римского права на становление института обязательственного права России: вопросы истории и теории: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2005.

О.М. Киселёва

ПООЩРИТЕЛЬНО-ПРАВОВАЯ СИСТЕМА СОВРЕМЕННОЙ РОССИИ КАК ОБЪЕКТ РЕАЛИЗАЦИИ ПООЩРИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЙ ПОЛИТИКИ: ПОНЯТИЕ И СУЩНОСТЬ

Поощрительная правовая политика представляет собой комплекс идей, мер, задач, целей, программ, принципов, установок, направленных на стимулирование правомерного поведения субъектов права. Это деятельность, прежде всего, государственных органов по совершенствованию и расширению сферы применения поощрительных норм, способствующих активизации творческой активности, инициативы и предприимчивости личности. Цель указанной политики состоит в обеспечении благоприятного режима для развития общества и государства, заинтересованности в качественном и эффективном исполнении юридических обязанностей, повышении активности субъектов. В роли объекта названной политики и одновременно основного средства ее реализации, т. е. инструмента, с помощью которого известные субъекты оказывают результативное воздействие на весь комплекс разнообразных социальных отношений и процессов, выступает поощрительно-правовая система.

Современная поощрительно-правовая система представляет собой совокупность взаимосвязано-согласованных социально обусловленных и однородных поощрительных приемов, способов и средств, с помощью которых осуществляется стимулирующее воздействие

© О.М. Киселева, 2009

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Астраханского государственного университета.

на общественные отношения, поведение отдельных индивидов и их объединений, с целью активизации позитивного поведения и культивации общечеловеческих ценностей. Как известно, основная идея стимулирования сводится к созданию целого комплекса мер, которые позволили бы личности полностью раскрыть свой творческий потенциал, обеспечивающий поступательное общественное развитие.

Сущность поощрительно-правовой системы проявляется в ее направленности на создание и обеспечение благоприятного климата в различных сферах жизнедеятельности общества, позволяющего оптимизировать процесс правового воздействия, как в настоящем, так и в будущем.

Объединение частей поощрительно-правовой системы не простая необходимость, а объективно обусловленная потребность. Элементы поощрительно-правовой системы объединены между собой по определенным содержательным основаниям, характеризующим субстанциональные особенности их свойств и связей. Поощрительно-правовая система представляет собой единство, сложившееся в результате структурной упорядоченности ее частей, определенной их функциональной зависимостью и взаимодействием. Соединение по содержательным признакам определенных частей в структурно упорядоченное целостное единство обуславливает наличие у поощрительно-правовой системы свойства относительной самостоятельности. Это выражается в том, что, во-первых, ее качества не сводятся к качествам системообразующих частей; во-вторых, она обладает способностью существенно видоизменять составляющие ее части и создавать новые части в пределах своего единства; в-третьих, она может выступать подсистемой другой, более объемной системы, равно как и в границах своего органического единства расчленяется на внутренние подсистемы (или системы иного уровня); в-четвертых, она необходимо связана с внешней средой. Структурная упорядоченность придает поощрительно-правовой системе относительную устойчивость, лишь в пределах которой допустимы изменения свойств ее частей и их связей.

Относительная самостоятельность указанной системы обуславливает относительную автономность ее функционирования, степень которой определяет уровень данной системы.

Проблемы функционирования поощрительной системы связаны с процессом достижения стоящих перед ней целей, определением ее функционального назначения, а также разработкой эффективного механизма поощрительно-правового регулирования.

Цементирующую, нормативную основу указанной системы составляют поощрительные правовые нормы. Помимо названного стержневого элемента, поощрительно-правовая система как системное образование включает в себя множество слагаемых, в числе которых: поощрительное правотворчество, поощрительная юридическая практика, поощрительные правоприменительные акты, поощрительные правоотношения, поощрительный механизм правового регулирования и т. д.

Важным элементом поощрительно-правовой системы выступает поощрительно-правовая практика, связанная с деятельностью и накопленным при этом опытом компетентных органов, должностных лиц по изданию и реализации юридических норм. Это всегда определенный результат правотворческой или правоприменительной деятельности. Каков этот результат, такова и степень эффективности поощрительно-правовой системы.

Поощрительно-правовая практика, в свою очередь, влияет на другие элементы поощрительно-правовой системы. В соответствии с потребностями поощрительно-правовой практики трансформируется законодательство, совершенствуется правоприменительная деятельность.

Без личности как носителя поощрительно-правовой идеологии невозможно представить себе деятельность поощрительно-правовой системы, она становится набором механизмов, не обладающим ценностным и гуманистическим содержанием. Особую значимость в поощрительно-правовой идеологии имеют идеи патриотизма.

Важнейшим средством оптимизации поощрительно-правовой системы выступает поощрительно-правовая политика, представляющая собой особую разновидность целенаправленной, в основном государственной, деятельности, охватывающей процесс формирования и совершенствования эффективного юридического механизма воздействия различных поощрений, а также систему правоотношений между субъектами по поводу стимулирования заслуженного правомерного социально значимого поведения в различных сферах жизнедеятельности.

Каково же содержание указанной политики?

Во-первых, это деятельность, выражающаяся в целенаправленной практической активности определенных субъектов. Во-вторых, это юридическая деятельность, развивающаяся внутри поощрительно-правовой системы, призванной повышать степень упорядоченности и организации юридического бытия, путем использования в процессе управления широкого спектра позитивных стимулов. Такая политика тактически направлена на совершенствование самих юридических средств и механизмов, а стратегически — на использование правовых инструментов для обеспечения наиболее оптимального развития отношений в различных сферах жизни общества. В-третьих, это стратегически осмысленная деятельность, поскольку в ее основе всегда лежит определенная система целей и концептуальных идей, отражающих узловые моменты будущей организации социальных отношений. В-четвертых, это практика определенных субъектов, среди которых особое положение занимают государственные органы власти и управления.

Многообразие субъектов, осуществляющих поощрительное воздействие в процессе управления, обуславливает многоуровневую структуру названной системы, включающей федеральный, региональный и муниципальный уровни.

К числу общих черт, свойственных поощрительно-правовым системам различных уровней, следует отнести: правовую регламентацию поощрительного воздействия; единый награждаемый субъект; обязательную персонализацию поощрительного воздействия; социально-экономическую и политическую обусловленность.

Анализ различных уровней поощрительно-правовой системы современной России позволяет определить ее специфические черты:

направленность в первую очередь на культивирование общечеловеческих ценностей, способствующих стабилизации социально-нравственного климата в обществе;

содействие созданию благоприятной правовой атмосферы для развития творческих начал личности;

активизацию общественной деятельности в направлении позитивного совершенствования социального развития путем использования разнообразных видов поощрений в качестве юридического инструментария;

формирование специфической поощрительно-правовой идеологии, выступающей стержневым моментом в структуре правового сознания личности;

подверженность изменениям в зависимости от потребностей общественной и государственной жизни.

Поощрительно-правовая система в силу своей ценности, значимости и необходимости в системе российского права в современных условиях приобретает особое звучание по нескольким вполне очевидным основаниям.

Во-первых, как подсистема, функционирующая в рамках правовой системы России, указанное системное образование сопровождает процесс становления и развития правовой системы отечественного права на протяжении всего исторического пути его существования. При этом ее социально-юридическая природа, функциональные особенности, субъектный состав, широта охвата общественных отношений во многом обуславливались уровнем социально-экономического развития общества, его объективными потребностями в использовании такого инструмента, как поощрение.

Во-вторых, несмотря на длительную историю существования названной системы, анализ ее действительного состояния в складывающихся новых экономических условиях развития общества позволяет констатировать ее нахождение на начальной стадии формирования. Соответственно, чем быстрее эта система приобретет стройность и значение в обществе, тем реальнее будут поощрительные успехи и, соответственно, результативнее процесс реформирования социально-правового пространства.

В-третьих, есть много факторов и предпосылок, обуславливающих необходимость поощрительно-правовой системы. Их многообразие определяется многообразием тех социальных интересов, которые как раз и образуют объекты поощрений.

В-четвертых, к сожалению, приходится констатировать, что поощрение как правовой инструмент в руках государства по-прежнему не достиг необходимой действенности и эффективности, в то время как меры поощрительного характера неуклонно расширяют

спектр своего правового воздействия. Анализ действующих поощрений в виде системного образования, отличающегося существенными особенностями, структурой и спецификой формирования, безусловно, сможет оказать влияние не только на оптимизацию принявшей уже вполне конкретные очертания системы, но и оказать влияние на повышение эффективности отдельных мер поощрения.

В-пятых, отдельные компоненты системного образования уже достаточно хорошо изучены (поощрительные нормы, поощрительные правоотношения и т.д.), что актуализировало необходимость синтеза отдельных выводов в одно понятие — поощрительно-правовая система, раскрывающее всю панораму поощрительного воздействия.

В-шестых, новые ориентиры общественного развития предполагают не только задействование в правовом регулировании всего спектра поощрительных средств, но и их согласованное, комплексное воздействие, обеспечивающее желаемый социально-правовой эффект.

В-седьмых, с теоретической точки зрения, использование системно-структурного подхода в исследовании поощрительной социально-правовой действительности, открывает новые возможности для ее адекватного и глубокого осмысления.

Анализ понятия и сущности современной поощрительно-правовой системы позволяет выделить прямую зависимость между уровнем социально-экономического развития общества и его объективными потребностями в использовании такого инструмента, как поощрение. Соответственно, чем быстрее эта система приобретет стройность и значение в обществе, тем реальнее будут успехи поощрительно-правовой политики и результативнее процесс реформирования социально-правового пространства.

О.Ю. Кузнецова

ЦЕНЗ КАК ОБЪЕКТ ОБЩЕТЕОРЕТИЧЕСКОГО АНАЛИЗА

Термин «ценз» имеет широкое распространение как в юридической науке и практике, так и в политической сфере, публицистике, во многих иных сферах социального бытия и познания. Будучи одними из наиболее заметных и активно функционирующих феноменов, цензы оказывают весомое воздействие на ход и результаты правового регулирования социальной действительности.

Вместе с тем в мировоззренческом поле единого представления или позиции относительно сущности и функциональной роли ценза к настоящему моменту не сложилось. В справочной литературе в одних случаях ценз определяется как допуск: «Ценз — условие, допускающее человека к пользованию теми или иными политическими правами»¹. В других — как ограничение: «Ценз — условие, ограничивающее допущение лица к осуществлению прав»². В-третьих — в качестве предпосылки: «Ценз — установленный Конституцией или законами критерий, необходимый для реализации гражданами своих социально-экономических и политических прав»³.

Ценз — один из тех феноменов юридической сферы, который, с одной стороны, имеет широчайший спектр своего употребления, а с другой — это одно из малоизученных, а соответственно, непрочных и неустойчивых в смысле научно-методологического обеспечения явление современного российского правоведения, которое не подвергалось еще комплексному общетеоретическому анализу. В общественном сознании, как правило, интерес к проблеме законодательных цензов ограничивается лишь сферой избирательного права.

В то же время в российском законодательстве цензовые требования используются в самых различных контекстах и практически во всех отраслях. Так, в ст. 331 Трудового кодекса РФ от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ зафиксированы как цензы-условия, так и цензы-ограничения

© О.Ю. Кузнецова, 2009

Соискатель Нижегородской правовой академии (институт), оперуполномоченный УР Советского РОВД г. Н. Новгорода

осуществления профессиональной деятельности: «К педагогической деятельности *допускаются* лица, имеющие *образовательный ценз*, который определяется в порядке, установленном типовыми положениями об образовательных учреждениях соответствующих типов и видов, утверждаемыми Правительством Российской Федерации.

К педагогической деятельности *не допускаются* лица, которым эта деятельность запрещена приговором суда или *по медицинским показаниям*, а также лица, которые имели судимость за определенные преступления. Перечни соответствующих медицинских противопоказаний и преступлений, при наличии которых лица не допускаются к педагогической деятельности, устанавливаются федеральными законами»⁴.

Согласно ст. 63 Трудового кодекса РФ трудовой договор разрешается заключать с подростками, достигшими возраста 16 лет. При этом для выполнения легкого труда, не причиняющего вред здоровью, допустимо принять 15-летнего работника, если он получил общее образование либо продолжает обучение по основной программе общего образования по вечерней или заочной форме. Допускается наем 15-летнего гражданина и в случае, когда он оставил учебу. В 15 лет при согласии родителей (законных представителей) и местного органа управления образованием подросток вправе прекратить учебу в общеобразовательном учреждении.

Современным и одновременно с этим проблемным нововведением для многих сфер правового регулирования становится введение ценза здоровья. Если ранее подобный ценз устанавливался лишь для сугубо специфических профессий, например, в силовых государственных структурах⁵, то ныне спектр его распространения заметно расширяется. При этом обоснованность введения такого ценза не всегда очевидна и понятна. Так, ст. 4.1 Закона РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации» устанавливает в качестве условия замещения должности судьи прохождение медицинского освидетельствования: «Для подтверждения отсутствия у претендента на должность судьи заболеваний, препятствующих назначению на должность судьи, проводится его предварительное медицинское освидетельствование. Перечень заболеваний, препятствующих назначению на должность судьи, утверждается решением Совета судей Российской Федерации на основании представления федерального органа исполнительной власти в области здравоохранения. Форма документа, свидетельствующего об отсутствии заболеваний, препятствующих назначению на должность судьи, утверждается федеральным органом исполнительной власти в области здравоохранения»⁶.

Следует заметить, что данное правовое положение введено Федеральным законом от 15 декабря 2001 г. № 169-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Закон Российской Федерации «О статусе судей в Российской Федерации»»⁷ по прошествии почти 10 лет с момента вступления в силу Закона РФ от 26 июня 1992 г. № 3132-1 «О статусе судей в Российской Федерации». При этом перечень заболеваний установлен еще позже — Постановлением Совета судей РФ от 26 декабря 2002 г. № 78 «Об утверждении перечня заболеваний, препятствующих назначению на должность судьи»⁸. Отмеченные «разрывы» во времени введения ценза здоровья не позволяют однозначно положительно оценить подобную новацию. В данной ситуации, думается, вполне достаточно вступления в законную силу решения суда об ограничении дееспособности кандидата на должность судьи либо о признании его недееспособным.

Весьма сложной, актуальной и одновременно практически неисследованной в теоретико-правовом смысле выступает проблема взаимосвязи, взаимовлияния цензов. Думается, не лишена перспективы идея о переводе цензов на орбиту более глубоких теоретических исследований — от уровня правового института в отраслевой ранг. В п. 5 постановления Центральной избирательной комиссии РФ от 16 августа 2002 г. № 157/1391-3 «О конкурсе среди студентов и аспирантов высших юридических учебных заведений (юридических факультетов вузов) Российской Федерации на лучшую работу по вопросам избирательного права и процесса в 2002/2003 учебном году» речь идет о том, чтобы нацелить молодых студентов и аспирантов «на исследование перспектив развития цензового права»⁹.

Нельзя не отметить и общепринятого понимания роли и значения ценза как инструмента правоограничения. В Послании Президента РФ от 30 марта 1999 г. «Россия на рубеже эпох» (О положении в стране и основных направлениях политики Российской Федерации)¹⁰ обращено внимание на то, что «в ходе выборов в субъектах Российской Федерации выявились факты,

когда нормы регионального избирательного законодательства нарушают права и свободы граждан. Широко распространенным явлением стало введение *ограничений пассивного избирательного права: требование постоянного проживания на территории субъекта Федерации, знание национального языка и другие*. Поэтому в 1994–1998 гг. шла борьба за ликвидацию правовых коллизий между нормами федерального и регионального избирательного законодательства, *за вытеснение неправомерно установленных избирательных цензов*. Важным шагом на этом пути стало принятие в 1997 г. Федерального закона «Об основных гарантиях избирательных прав и права на участие в референдуме граждан Российской Федерации».

Ценз является неотъемлемым атрибутом правовой материи, в общеисторическом контексте сопровождает и пронизывает право на всем протяжении его развития — начиная с древнейших времен и до современности. В историческом смысле «корни» ценза обнаруживаются еще в древнем Риме, где этим понятием обозначалось не отдельное юридическое явление, а комплексный политико-правовой институт, нормы которого определяли составление личных и имущественных списков граждан, деление граждан на классы и центурии.

Исторические данные дают не только начальное представление о зарождении и месте цензов в социально-государственном устройстве, но и об их сущности и значительной потенциальной «способности» приобретать новые качества и сферы своего применения. В этой связи отсутствие должного научного внимания со стороны юридической общественности к механизмам определения, нормативной формализации, введения и реализации цензовых требований, сферам их применения, процедурам отмены и приостановления действия на практике порой оборачивается дискриминационными проявлениями. Так, в сфере трудовой занятости широкое неформальное распространение получил этнический ценз, когда при приеме на работу предпочтение отдается представителям определенной этнической общности. В большинстве ситуаций подобного рода наличие этнических цензов завуалировано и проявляется в скрытой форме. Объяснение со стороны работодателя всегда несет в себе ссылку на непрофессионализм определенного претендента на рабочее место. И никогда не содержит указания на этнический аспект.

Весьма сложным и проблемным остается вопрос о реализации ценза оседлости (требование непрерывного проживания на определенной территории). Конституционный Суд России неоднократно возвращался к этой проблеме. Решением высшей конституционной инстанции была признана неконституционной практика прописки. Однако ценз оседлости по-прежнему вызывает противоречивые суждения и оценки. Так, в Послании Президента РФ Федеральному Собранию РФ от 5 ноября 2008 г. подчеркивается, что «Совет Федерации должен формироваться *только из числа лиц*, избранных в представительные органы власти и депутатов местного самоуправления соответствующего субъекта Федерации. Так называемый «ценз оседлости», предписывающий члену Совета Федерации проживать в ранее определенном регионе определенное количество лет — должен быть отменен. В результате в Совете Федерации будут работать граждане, прошедшие процедуру публичного избрания, имеющие опыт работы с избирателями и представляющие не только органы власти субъекта Федерации, но и, самое главное, непосредственно его население»¹¹.

В данной связи представляется спорной идея об устранении ценза оседлости. Вполне понятно, что если гражданин прожил определенное время на конкретной территории и затем избирается на выборную должность в орган местного самоуправления, то это выступает гарантией его последующей работы в интересах избирателей данной местности. В этом суть ценза оседлости. Однако почему в таком случае его нужно устранять?

Особая категория цензов — недействующие или запрещенные, к числу которых относится, например, имущественный ценз. В дореволюционной России в силу этого ценза для занятия должности или пользования правами требовалось обладание имуществом или ежегодным доходом не ниже определенного размера. Между тем имущественный ценз находит свое проявление и в современном правовом пространстве. Пункт 4 Президентской программы «Российский народный телефон» (утверждена Указом Президента РФ от 11 января 1995 г. № 31¹²) гласит: «Рекомендовать Министерству связи Российской Федерации рассмотреть возможность создания нескольких региональных и местных операторов связи с целью отработки механиз-

мов привлечения финансовых средств населения и инвесторов по реализации региональной программы развития «Российский народный телефон», отработки механизмов налогообложения и реализации таможенных льгот, отработки тарифной политики и взаиморасчетов между операторами, а также определение категорий пользователей (по их *имущественному цензу* и социальной защищенности)». Полагаем, что в данном случае имущественный ценз не вполне точно обозначен. Как гарантию социального обеспечения малоимущих слоев населения, точнее его именовать социальным цензом.

Для углубленного анализа юридической природы ценза требуется определение его места среди иных явлений, установление соотношения со «смежными» феноменами. «Сравнение изучаемого явления с подобными первый шаг для обобщений, позволяющий превратить эмпирическое знание в систему понятий и релевантных категорий, иными словами — необходимая мыслительная операция для получения научного знания»¹³.

Отдельное направление образует проблема выявления и устранения дефектов цензовых требований. Один из заметных изъянов — неопределенность установленных требований. Согласно ст. 6 Федерального конституционного закона от 26 февраля 1997 г. № 1-ФКЗ «Об Уполномоченном по правам человека в Российской Федерации»¹⁴ на должность Уполномоченного назначается лицо, «являющееся гражданином Российской Федерации, не моложе 35 лет, имеющее познания в области прав и свобод человека и гражданина, опыт их защиты».

По мнению О.О. Миронова, «представляется целесообразным требования закона к кандидату на должность Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации дополнить пунктом о наличии у него высшего юридического образования»¹⁵.

Однако, на наш взгляд, прежде чем вводить новые цензы, необходимо устранить изъяны действующих. Выше указаны четыре параметра: российское гражданство; возрастной ценз без ограничения его высшего предела; наличие знаний в области прав и свобод человека и гражданина; опыт их защиты.

Между тем, если первые два критерия имеют объективный характер, то в отношении двух последних законодательно не определены ни степень знаний того или иного претендента, ни опыт правозащитной деятельности. Представляется, что такой подход к выбору кандидатов на одну из важных и ответственных государственных должностей Российской Федерации мало конструктивен.

Важное направление общетеоретического анализа цензов — выявление видового многообразия данного феномена. Одной из распространенных форм цензовых требований выступает квотирование — жесткое установление определенной доли или части. Легальное либо нелегальное квотирование способно оказать существенную «конкуренцию» многим действующим цензам.

Цензы выступают одним из превентивных инструментов на пути достижения социального равновесия во всех его проявлениях. Будучи инструментом правового регулирования, цензы дозируют, препятствуют либо контролируют «проникновение» субъективного фактора в пределы объективной целесообразности. Практическое освоение разнообразных цензовых технологий при должном научно-методологическом обеспечении способствуют становлению «жизнеспособного» гражданского общества, эффективному восприятию и позитивному отношению граждан к реализации законодательства, развитию действительно конкурентной демократии.

¹ Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1993. С. 861; Иллюстрированный энциклопедический словарь / ред. кол.: В.И. Бородулин, А.П. Горкин, А.А. Гусев, Н.М. Ланда и др. М., 1995. С. 761.

² Толковый словарь русского языка: в 4 т. Т. 4 / под ред. Д. Ушакова. М., 1996. С. 1214.

³ Большая юридическая энциклопедия. М., 2008. С. 655.

⁴ СЗ РФ. 2002. № 1, ст. 3.

⁵ См., например: Приказ ГТК РФ от 4 июня 2003 г. № 620 «Об утверждении Инструкции о порядке проведения военно-врачебной экспертизы в таможенных органах Российской Федерации» // Российская газета. 2003. 5 авг.

⁶ Российская газета. 1992. 29 июля.

⁷ См.: СЗ РФ. 2001. № 51, ст. 4834.

⁸ См.: Российская газета. 2004. 24 янв.

⁹ Вестник Центральной избирательной комиссии Российской Федерации. 2002. № 7.

¹⁰ См.: Российская газета. 1999. 31 марта.

¹¹ Российская газета. 2008. 6 нояб.

¹² СЗ РФ. 1995. № 3, ст. 172.

¹³ Ежегодник сравнительного правоведения. 2001. М., 2002. С.5.

¹⁴ См.: СЗ РФ. 1997. № 9. Ст. 1011.

¹⁵ Доклад о деятельности Уполномоченного по правам человека в Российской Федерации О.О.Миронова в 2002 году // Российская газета. 2003. 15–18, 23–25, 30 июля, 5, 7 авг.

А.С. Лазарева

ЮРИДИЧЕСКИЙ СОСТАВ ПРАВОМЕРНОГО ДЕЙСТВИЯ: К ПОСТАНОВКЕ ПРОБЛЕМЫ

Впервые понятие «юридический факт» в научный оборот ввел К.Ф. Савиньи, который также разработал классификацию юридических актов на основании «волевого критерия». Данный критерий в настоящее время является общепризнанным в науке¹.

Первая попытка распространить конструкцию состава для характеристики всех юридических фактов была предпринята Н.Г. Александровым. «Совокупность признаков, — писал он, — при наличии которых соответствующий жизненный факт (комплекс фактов), с точки зрения социалистического государства, выражающего интересы трудящихся, должен влечь те или иные юридические последствия для лиц, которых данный факт касается, мы называем составом юридического факта, устанавливаемым нормами права»². Таким образом, каждый юридический факт может быть охарактеризован как совокупность его строго определенных признаков.

По нашему мнению, цивилисты восприняли данную концепцию негативно, именно в силу механистического понимания концепции Н.Г. Александрова и проведения не вполне адекватных аналогий с уголовно-правовой концепцией состава преступления.

Например, О.А. Красавчиков отмечал: «Юридические факты отличаются от иных фактов реальной действительности только тем, что с ними закон связывает определенные юридические последствия. У юридических фактов каких-либо отличий от всех других жизненных фактов нет... Поскольку юридический факт — явление реальной действительности, постольку он не может состоять из признаков, которые представляют собой идеологическое отражение тех или других свойств, сторон, качеств данного явления. Юридический факт, например, как явление сложное может иметь в своем составе ряд более простых элементарных фактов, явлений, может обладать той или другой присущей ему формой, иметь те или другие стороны и т.д., но состоять из признаков не может, в противном случае это уже не факт, а представление о факте, определенный продукт восприятия и мышления»³.

Сами события, действия — это явления объективной реальности, существующие независимо от нашего восприятия. Однако фактами они становятся потому, что восприняты нашим сознанием, «вошли в сферу познавательной деятельности человека»⁴, стали «объектом юридической констатации»⁵, определенным образом зафиксированы (описаны в норме права). Действительно, факт как явление не может состоять из признаков. Прав О.А. Красавчиков и в том, что совокупность признаков — это именно представление о факте. Но ведь именно представление о факте, описание факта является задачей юриспруденции, иначе и не может быть, т. к. большинство фактов к моменту юридического исследования остаются в прошлом. С другой стороны, задача юриспруденции ограничивается тем, что факт необходимо описать таким образом, чтобы установить связь с правовой нормой, т. е. от некоторых признаков (сторон) факта можно абстрагироваться и, наоборот, четко определить признаки факта, имеющие существенное значение для порождения правовых последствий.

С.С. Алексеев, исследовавший проблему состава правонарушения, считал, что следует признать искусственным конструирование «состава юридического факта», предложенное Н.Г. Александровым: «Не говоря уже о недопустимости использования этого понятия в от-

© А.С. Лазарева, 2009

Аспирант кафедры гражданского права Саратовской государственной академии права.

ношении событий, вряд ли возможно выявить общие признаки (стороны) для правомерных действий и действий неправомерных (правонарушений)»⁶.

С такой позицией вряд ли можно согласиться. Позитивное право (да, впрочем, и право естественное) вообще искусственное образование в том смысле, что оно является результатом мыслительной деятельности человека. Следовательно, вопрос о составе юридического факта не в том, искусственная это конструкция или нет, а в том, насколько адекватно она позволит описать факт или насколько тождественно с ее помощью будет отражаться объективная реальность для вполне конкретных целей.

Непонятно, в чем заключается, по мнению С.С.Алексеева, недопустимость использования конструкции состава для событий. При исследовании любого события в юриспруденции как минимум устанавливаются его время, место, характер выражения во вне, т. е. определяется объективная сторона явления. Другое дело, что состав события и состав действия будут различаться по количеству и виду необходимых характеристик или элементов. Разумеется, при рождении ребенка нет смысла описывать субъективную сторону этого явления, но установление объективной стороны необходимо. В этом смысле состав события будет усеченным, по сравнению с составом действия.

Сомнения С.С. Алексеева о возможности выявления общих признаков (сторон) для правомерных действий и действий неправомерных (правонарушений) также не имеют под собой оснований. Достаточно сказать, что общее у правомерных и неправомерных действий указано им же самим — и то и другое действия, а если это так, то и описаны они могут быть по одной и той же методике, с помощью конструкции состава юридического факта (состава действия). Мы допускаем, что элементы состава могут различаться, но то, что большинство этих элементов для действий будет совпадать, это несомненно.

Сомнения в эффективности использования конструкции, предложенной Н.Г. Александровым, в свое время высказывались и В.А. Тарховым, отмечавшим, что идея состава юридического факта «для гражданского права вряд ли полезна, подобно тому, как едва ли плодотворно перенесение в гражданское право уголовно-правовой конструкции состава правонарушения»⁷.

Разумеется, уголовно-правовая конструкция состава правонарушения не может быть механически перенесена в гражданское право. Тем не менее в научной и учебной литературе, даже если не используется сам термин «состав гражданского правонарушения», характеристика противоправного действия дается именно по модифицированной схеме состава⁸. И спорный вопрос сводится лишь к тому, какие элементы необходимо включать в этот состав. Практическая и теоретическая ценность конструкции состава противоправного действия вряд ли требует доказательств, по крайней мере ничего другого, приемлемого для практического использования, теорией пока не предложено.

Сложнее оспорить сомнения в полезности конструкции юридического состава правомерного действия. Прежде всего потому, что законченной конструкции еще не создано, а после Н.Г. Александрова этой проблемой специально занимался лишь В.Н. Синюков.

Его безусловной заслугой является разграничение понятий юридического факта как явления и как модели, а по сути дела явления и юридических признаков этого явления. По мнению В.Н. Синюкова, факты-модели — это конструкции, специально приспособленные законодателем для выполнения определенной юридической функции. Их задача перевести жизненное явление в сферу правовых отношений. «Содержание факт-модели состоит из юридических признаков факта-явления. Поэтому в правовом регулировании необходима специальная категория юридического факта, которая была бы равнозначна понятию самого реального явления. Такая категория должна аккумулировать те признаки жизненного обстоятельства, совокупность которых образует обязательную предпосылку наступления определенного правового результата. Состав юридического факта и должен выполнять роль содержательной основы категории юридического факта, используемый как в теории, так и в практических ситуациях возникновения конкретных правоотношений»⁹.

Полностью поддерживая идею, высказанную В.Н. Синюковым, осмелимся лишь отметить не совсем удачный термин «модель». Под моделью понимается «уменьшенное или в на-

туральную величину воспроизведение или макет чего-нибудь»¹⁰. И дело даже не в том, что модель чаще всего ассоциируется с пространственно ограниченным предметом, действия тоже можно смоделировать. Главное возражение заключается в том, что модель не тождественна своему образцу. Несмотря на то, что в юридический состав входят лишь те признаки реального действия или события, которые описывают элементы, необходимые для наступления определенного правового результата (т. е. лишь некоторые характеристики или признаки явления), тем не менее они призваны описать тождество факта-явления как основания для наступления правового результата. С известной долей условности юридический состав можно рассматривать как систему координат, в которой происходит реконструкция (воспроизведение) события или действия.

Действия — это явление материального мира. Неотъемлемым свойством материи, ее атрибутом выступает движение, которое непрерывно¹¹. Поэтому, чтобы познать явление, его необходимо представить как прерывное. Таким образом, законодатель, предусматривая в норме права то или иное жизненное явление в качестве основания движения правоотношения, представляет его как самостоятельный изолированный факт в структуре общественных отношений. Нормативное описание происходит путем обобщения каких-либо признаков этого явления (действия, события)¹², которые сводятся в единое понятие (например, сделка, преступление, правонарушение). Правовое значение придается признакам, отвечающим потребностям правового регулирования.

Действие становится юридически значимым тогда, когда обладает всеми признаками, закрепленными нормой права. Соответственно, правовые характеристики элементов действия как социального явления представляют собой признаки, которые образуют его юридический состав.

Например, в юридический состав такого правомерного действия, как сделка, будут входить следующие признаки. Субъект должен обладать таким признаком, как сделкоспособность. Объективная сторона сделки характеризуется волеизъявлением, содержание которого должно соответствовать закону и должно быть оформлено в надлежащей форме. С субъективной стороны сделка характеризуется целью. Цель сделки должна быть законной и осуществимой, и отличаться направленностью на определенные положительные правовые результаты. Предмет сделки должен быть законным, отчуждаемым своей природе и определен с необходимой степенью точности. В совокупности эти признаки образуют юридический состав сделки. Каждый из этих признаков является необходимым.

¹ См.: *Александров Н.Г.* Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С. 165; *Красавчиков О.А.* Юридические факты в советском гражданском праве. М., 1958. С. 82; *Новицкий И.Б.* Сделки. Исковая давность. М., 1954. С. 8; *Исаков В.Б.* Юридические факты в советском праве. М., 1984. С.26–27.

² *Александров Н.Г.* Законность и правоотношения в советском обществе. М., 1955. С. 174.

³ *Красавчиков О.А.* Указ. соч. С.18.

⁴ *Штофф В.А.* Введение в методологию научного познания. Л., 1972, С. 110-111.

⁵ *Синюков В.Н.* Юридические факты в системе общественных отношений: дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1984. С. 27.

⁶ *Алексеев С.С.* О составе гражданского правонарушения // Правоведение. 1958. № 1. С. 48.

⁷ *Тархов В.А.* Гражданское право. Курс. Общая часть. Уфа, 1998. С. 207.

⁸ См.: *Алексеев С.С.* Гражданская ответственность за невыполнение плана железнодорожной перевозки. М., 1959. С.49; *Иоффе О.С.* Общее учение об обязательствах // Избр. труды: в 4 т. Т. III: Обязательственное право. С. 151; *Матвеев Г.К.* Основания гражданско-правовой ответственности. М., 1970. С.13. Современная критика конструкции состава правонарушения исходит из очевидного непонимания того, что противоправное действие и состав противоправного действия (правонарушения) — это разные категории. По сути дела речь должна идти о «явлении» (правонарушение, противоправное действие) и «описании явления, установления тождества» (состав правонарушения). Если снять допущение, что «состав правонарушения» является юридическим фактом, то все остальные критические замечания отпадают сами собой, тем более, что ничего позитивного они не предлагают. См.: *Параскевова С.А.* Проблемы изучения гражданского правонарушения. М., 2006. С.106.

⁹ *Синюков В.Н.* Указ. соч. С.10.

¹⁰ *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1987. С. 359.

¹¹ См.: *Матяш Т.П.* / Философия: учебное пособие для высших учебных заведений / под ред. В.П. Кохановского. Ростов н/ Д, 2002. С. 111.

¹² См.: *Кудрявцев В.Н.* Юридические нормы и фактическое поведение // Советское государство и право. 1980. № 2. С. 19.

ВОПРОСЫ ПРАВОПОНИМАНИЯ В ИНФОРМАЦИОННОМ ОБЩЕСТВЕ

В настоящее время трудно оспаривать фактическое вступление человеческого сообщества в некое качественно новое по своему технологическому-социальному устройству пространство, именуемое «информационное общество». Вряд ли этот термин может претендовать на всеохватность и универсальность, однако определяемое им качество очевидно всем — с одной стороны, это активное вхождение в правовое поле такого очевидного правового объекта, как информация; с другой стороны, не просто появление, но фактический переход к монополии новых способов хранения и передачи информации — компьютерной технике. Эти два обстоятельства уже сейчас, и очевидно, в ближайшей перспективе, определяют состояние и содержание законодательства, судебных прецедентов и судебной практики, повлияют на перестраивание многих, если не всех как позитивных, так и юрисдикционных процедур и способов их фиксации, на практику как межгосударственных, так и частных отношений и т.д. Можно утверждать, что все перечисленные трансформации будут лишь общим отражением более глобальных ожидающих нас преобразований и изменений, контуры которых только еще прорисовываются. Они в целом, в силу безусловного действия философско-синергетических моделей и в социальном устройстве на данный момент, не могут быть определены, хотя вектор их развития интересен как жизненная необходимость и каждому индивиду, и всему человеческому сообществу.

Как справедливо отмечает А.П. Вершинин, «правопорядок и электронные средства коммуникации середины 90-х породили новую «паутину» юридических отношений. Для юриста открывается абсолютно неизвестная «материя», требующая догматической работы»¹.

Процессы формирования «информационного общества» идут активно. Представляется, что этот период в развитии человеческого социума в «цивилизационном» измерении будет обозначен подобно «бронзовому веку», «культурной революции»² и т.д. Об уже имеющем место таком влиянии говорит появление целого ряда отечественных и зарубежных диссертационных исследований, монографий, посвященных электронному документообороту, электронной цифровой подписи и ее использованию, информации как объекту права и т.д. Однако вопрос должен быть, безусловно, поставлен более широко: а скажутся ли, и если да, то каким образом такие «информационные веяния» на нашем правопонимании вообще, подарят ли они первенство одной из доктрин правопонимания или обусловят появление нового подхода к праву — однопорядкового с остальными, охватывающего их все или вообще качественно иного, более высокого уровня?

Другой уровень постановки соответствующей проблемы применительно к праву в конечном итоге сводится к следующему: сохранится ли право в своем регулирующем качестве в обществе будущего либо оно настолько кардинально поменяет свои функции, а может быть и источник происхождения, что постепенно качественно будет замещено явлением иного порядка.

Эти вопросы лишь на первый взгляд или на подступах к теме кажутся умозрачительно-утопическими, аналогом известной теоретико-политической дискуссии предшествующих веков по вопросу отмирания государства. Следует согласиться с О.В. Мартышиным и Л.В. Голоскоковым в том, что оставлять эти процессы за пределами внимания политической мысли «ошибочно»³.

В рамках процессов, происходящих в правовом регулировании сети Интернет, например, уже очевидны надгосударственные признаки, равно как и необходимость в некоем качественно ином варианте, а точнее говоря, — подходе к обеспечению его действенности, поскольку всё более очевидно, что система правоотношений с новыми объектами имеющимися в наличии на данный момент средствами внутригосударственного и межгосударственного устройства урегулирована быть не может.

Как справедливо отмечает В.А. Копылов, «социальная система и право как один из основных регуляторов этой системы существенно отстают от темпов развития информаци-

© И.В. Гавриленко, 2009

Соискатель, преподаватель кафедры гражданского и арбитражного процесса Института права Самарского государственного экономического университета.

онного общества, от непостижимых скоростей наступления на нас новых информационных технологий и всемирной паутины Интернет — «строительного материала» информационного общества»⁴. Между тем все активнее идет работа по формированию в различных государствах мирового сообщества концепций «электронного государства», «электронного правительства» и т.д. Причем следует обратить внимание, прежде всего, на то, что концепции эти никогда не основаны лишь на облегчении, упрощении и удешевлении процедуры и правил процесса. Всегда, как правило, ставятся и содержательные задачи, сопряженные с идеями гражданского общества, прозрачности и доступности правосудия, борьбы с коррупцией, реализацией конституционного права на получение информации, гласности, публичности правосудия и т.д. Уже это наталкивает на мысль о том, что влияние компьютерных технологий на человеческий социум и его социальную и государственную организацию далеко нельзя ограничить лишь количественным его восприятием или влиянием. Далеко не случайно все более устоявшимся становится термин «информационное общество».

Однако информационное общество — это не просто замена носителя информации. Следует признать, что для нас на сегодняшний день это ситуация — «terra incognita» социального устройства, а значит и глобальных государственно-правовых проблем, поскольку уже сегодня институты государства и права, в известном, конечно, смысле, перестали соответствовать нарождающейся системе информационных явлений. И если такие проблемы, как мировая экология, природные катаклизмы, голод, нищета, болезни, трудовая занятость фактически и на сегодняшний день не породили универсальной общесоциальной системы их разрешения, то не исключено, что применительно к информационному обществу объединительные механизмы возникают исподволь, не социальной общей волей, а в силу уровня знаний человеческого социума.

Следовательно, данные процессы могут породить иные, не сопоставимые с существующими механизмами регулирования. Анализируя такой подход, П. Дерамэ отмечает, что «многие разделяют представление о прогрессивной роли Интернета, коммуникация в котором якобы сама по себе способна разрешить существующие в мире конфликты и снять напряженность, т.к. обмен знаниями и идеями должен обеспечить материальный и духовный прогресс, помочь выработке рациональных способов разрешения конфликтов, способствовать преодолению социальной замкнутости...предоставляя канал для выражения социальных и эмоциональных аффектов...»⁵. Автор не без оснований считает это «эгалитарной, либеральной и просвещенческой утопией, используемой как коммерческий аргумент и идеологическое видение, не соответствующее социальной реальности»⁶.

В настоящее время весьма активно идут процессы использования современных технологий в юридических процедурах идентификации личности по популярным линиям, зрачку глаз, систематизации и накоплении информации о состоянии здоровья, диагнозах и способах лечения и т. д.⁷ В то же время налицо протесты против такого рода подходов, как легких к злоупотреблению способами нарушить конституционное, «естественное», «психологическое» право личности на тайну частной жизни, личную и семейную тайну и т.д. Даже использование таких данных, как личные адреса и телефоны пациентов медицинских учреждений для рассылок рекламных листовок и лекарств вызывают массовые протесты в США, странах Европы.

Открытой на сегодняшний день является и проблема авторства и защиты его в Интернете, равно как и вопросы ответственности за Интернет-правонарушения, в т. ч. преступления, очевидно, что соответствующая материя практически не поддается внутригосударственному регулированию, механизмов же, разработанных в рамках межгосударственных институтов явно недостает.

«Последствия незаконных или вредных актов, совершаемых через глобальные сети, трудно поддаются расследованию и ответственность при этом недостаточно определена»⁸. Очевидно также и то, что консенсусный модус вивенди, отражающий идеологию «информационного племени»⁹, даже на сегодняшний день не обеспечивает все правовые и надправовые потребности общественных отношений нового типа.

Другими словами, вопрос о правопонимании на сегодняшний день в связи с обозначенными проблемами вышел на принципиально новый уровень. Изначальная идея концепции правопониманий заключается в выявлении источника происхождения права, с тем, чтобы

при пользовании нормой или принципом при рассмотрении спора или в рамках обычного поведения субъекта права он мог бы верно воспринять и преломить в правосознании некие общие стандарты поведения — отсюда и психологическая, социологическая, историческая, традиционнo-нормативистская и прочие концепции его сущности. Не следует отрицать и то обстоятельство, что диалектизм пары «нормативизм общее право» — отражение той же дискуссии, но в иной плоскости. Идущие в настоящее время очевидные процессы сближения двух типов правовых систем¹⁰ свидетельствуют, что верным ответом в этом, как собственно и в первом случае, является синтез. Качественно иной уровень дискуссии о правопонимании — это правопонимание в соотношении с принципом свободы воли, гражданского общества, частной жизни и т. д., другими словами, понимание «границы свободы от права», которому новый виток в развитии технологий неизбежно придаст новое качество. Так, например, достаточно обязать каждого члена сообщества зарегистрироваться в качестве пользователя электронной почты, и законодатель, и государство во всех правоотношениях частного свойства одним росчерком пера приобретут замечательный заменитель «постоянному месту жительства» или «месту пребывания», в юридическом процессе отпадет проблема судебных и прочих надлежащих извещений и вызовов, а вместе с ней и любые перечни уважительных причин срыва процедуры, неявок и т. д.

В России электронное судопроизводство только стоит на повестке дня, в других государствах — медленно но верно становится реальностью.

Или другая сторона вопроса: при компьютерном способе хранения и передачи информации личность фактически лишается гарантий неприкосновенности ее частной жизни, личной, семейной тайны и т. п., поскольку при известных фактах взлома сетей даже Пентагона¹¹ никакие прописанные на бумаге тайны (адвокатская, врачебная, даже подкрепленные неким кодированием ее) такими гарантиями не являются. Достаточно в качестве примеров привести многочисленные дела из практики американских судов о нарушениях соответствующих прав¹². По оценкам же специалистов, цена криптографического кодирования находится в геометрической прогрессии к степени кодирования, соответственно это лишь количественная, а не качественная гарантия права.

Часто и иная техника или технология именно «информационного общества» становится камнем преткновения между личностью и системой права в решении вопроса о том, как далеко может зайти право, а куда ему уже не должно быть доступа.

«Государство без справедливости — всего лишь рука обирающего», — писал Св. Августин, однако, справедливость есть всегда понятие оценочное, а потому в такой ситуации не следует полагаться на верность в восприятии ее конкретных правоприменителей в каждый конкретный момент. А вопрос о правопонимании в настоящее время должен быть обозначен следующим образом: остается ли человечество при установленных уже достижениях в области гарантированности личной физической, социальной, психологической неприкосновенности или новый виток в развитии общества изменит, сместит эти границы, обосновав это изменением границ публичного интереса в связи с появившимися «техническими возможностями».

Особую остроту в настоящее время проблема правопонимания приобретает с позиций содержания права: что есть оно в человеческой жизни, насколько свободен человеческий индивидуум, живущий в человеческом сообществе? Острой необходимостью является четкая конкретизация границ права.

На фоне всех этих общих рассуждений следует констатировать, что научный и вполне конкретный термин, «правовое государство» не перестает употребляться властью в контексте стремления к нему как к идеалу. Так, в выступлениях Президента России он звучал неоднократно¹³. Сложность, чисто юридическая, в его реализации для России заключается, прежде всего, в том, что следовать ему много проще в нормативной — родной для нас системе правил, т. к. фактически она трансформируется в комплексное образование, основанное на фактически избранной в настоящее время ориентиром такой концепции правопонимания, когда право в его идее справедливости, естественных прав первично по сравнению с системой норм и, соответственно, всякая норма в любое время сможет быть подвергнута ревизии, когда мерилom ее верности выступает идея, принцип, а значит и человеческое усмотрение правоприменителя о ее действительном содержании.

Должно ли право и в новых «информационных» условиях оставаться гарантом не только публичных, но и частных прав (признавая в конечном счете, что это равнозначные величины), останется ли именно этот инструмент регулятором общественных отношений, изменятся ли его формы или все его существо и т. д. — все эти вопросы нуждаются на сегодняшний день в ответах и самым тесным образом связаны с поиском новых моделей регулирования внутренних и межгосударственных отношений в связи с развитием информатизации и формированием информационного общества.

¹ Вершинин А.П. Электронный документ: правовая форма и доказательство в суде. М., 2000. С. 6.

² В. А. Копылов называет вступление в эпоху глобальных информационно-коммуникационных сетей пятой информационной революцией по аналогии с таковыми, базировавшимися на изобретении письменности, книгопечатания, электричества и радио (см.: Копылов В.А. Информационное право: вопросы теории и практики. М., 2003. С. 17).

³ См.: Мартышин О.В. История политических учений: учебник для вузов / под ред. О.В. Мартышина. М., 2002. С. 1; Голоскоков Л.В. Правовые доктрины: от Древнего мира до информационной эпохи. М., 2003. С. 185.

⁴ Копылов В.А. Указ. соч. С. 18.

⁵ Дерамз П. Интернет: культурный хаос или вектор познания // Глобализация: контуры XXI века. М., 2004. Ч. III. С. 175.

⁶ Там же.

⁷ Так, Президент РФ Д.А. Медведев на заседании Совета по развитию информационного общества в России потребовал вести истории болезней всех россиян в электронном виде // <http://www.snews.ru/> (дата обращения: 28.12.2008).

⁸ Бачило И.Л. Информационное обеспечение государственного регулирования в области экономики. Правовые проблемы. С. 2 // <http://emag.iis.ru/> (дата обращения: 28.12.2008).

⁹ Дерамз П. Указ. соч. С. 174.

¹⁰ Об этом, на наш взгляд, с очевидностью свидетельствует фактическое вхождение практики Европейского Суда по правам человека в отечественную правовую систему, равно как и многие другие обстоятельства.

¹¹ См., например: <http://news/17/044/>; Самый масштабный взлом Пентагона, или сетевые кошки мышки // <http://lenta.ru/> (дата обращения: 28.12.2008).

¹² См.: Решение Верховного Суда США по делу *jatte v Redmond; War stories II psi*. Цит. по: Гарфинкель С. Все под контролем. Екатеринбург, 2003. С. 182.

¹³ См.: Материалы научно-практической конференции по поводу 15-летия принятия Конституции РФ 12 декабря 2008 г. М., 2008. С. 5.

В.О. Белоносов

**ТОЛКОВАНИЕ КОНСТИТУЦИОННЫМ СУДОМ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ
НОРМ УГОЛОВНО-ПРОЦЕССУАЛЬНОГО ПРАВА**

За период своего существования Конституционный Суд РФ принял 34 постановления по вопросам уголовно-процессуального регулирования, в т.ч. 13 постановлений после введения в действие УПК РФ.

Для толкования уголовно-процессуальных норм Конституционный Суд РФ в своих постановлениях использует обширную нормативно-правовую базу, в частности, обращается к Конституции РФ, международным актам. В толковании используется и национальное законодательство. Как правило, это ГПК РФ, УК РФ, УИК РФ, законы РФ «О Конституционном Суде Российской Федерации», «О прокуратуре Российской Федерации», «О введении в действие Уголовно-процессуального кодекса РФ». Реже используются другие законы, например, «О психиатрической помощи и гарантиях прав граждан при ее оказании»¹, «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации»², «О военных судах», «О присяжных заседателях федеральных судов общей юрисдикции в Российской Федерации»³, «О содержании под стражей подозреваемого и обвиняемого в совершении преступлений»⁴.

Для анализа теоретических положений порой используется устаревшее законодательство (УПК РСФСР, ГПК РСФСР, УК РСФСР и др.), ставшее предметом толкования в ранее принятых решениях. В этой связи интерес представляют постановления Конституционного Суда РФ, принятые после 1 июля 2002 г., посвященные толкованию норм УПК РСФСР. Станные, на первый взгляд (казалось бы, зачем проверять конституционность утратившего юридическую силу закона), они тем не менее вносят свой вклад в историческое толкование и показывают, как положения УПК РСФСР преобразовываются в положения УПК РФ, и по какому пути должно идти их дальнейшее совершенствование.

Например, в постановлении Конституционного Суда РФ от 17 июля 2002 г. № 13-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 342, 371, 372, 378, 379, 380 и 382 УПК РСФСР...»⁵ констатировалось, что хотя по общему правилу поворот к худшему для осужденного (оправданного) недопустим, это не препятствует повторному рассмотрению дела в соответствии с законом, если имеются сведения о существенных нарушениях, имеющих фундаментальный характер, повлиявших на исход дела. В связи с этим Конституционный Суд РФ предложил законодателю предусмотреть процессуальные механизмы и процедуры пересмотра и отмены вступившего в законную силу приговора. Так как соответствующие изменения в УПК РФ внесены не были, Конституционный Суд РФ в своем постановлении от 11 мая 2005 г. № 5-П «По делу о проверке конституционности статьи 405 УПК РФ...»⁶ допустил до

© В.О. Белоносов, 2009

Кандидат юридических наук, доцент, докторант Саратовской государственной академии права.

внесения соответствующих изменений в уголовно-процессуальное законодательство рассмотрено в порядке надзора по жалобе потерпевшего, его представителя и по постановлению прокурора обвинительного приговора, а также определения и постановления суда в связи с необходимостью применения уголовного закона о более тяжком преступлении ввиду мягкости наказания или по иным основаниям, влекущим за собой ухудшение положения осужденного, а также оправдательного приговора либо определения или постановления суда о прекращении уголовного дела лишь в течение года по вступлении их в законную силу.

Толкуя положения УПК РСФСР, Конституционный Суд РФ исходил из правовой реальности УПК РФ (например, использовал выражение «сведения о новых или вновь открывшихся обстоятельствах») и указывал путь дальнейшего совершенствования указанных положений УПК РФ.

Подобных случаев толкования уголовно-процессуальных норм УПК РСФСР в период действия УПК РФ – 3 (постановления Конституционного Суда РФ от 17 июля 2002 г. № 13-П; от 26 января 2002 г. № 16-П; от 4 марта 2003 г. № 2-П). Кроме того, практика обращения к правовым позициям, принятым во время действия УПК РСФСР, достаточно распространенная. Почти во всех своих постановлениях вплоть до настоящего времени Конституционный Суд РФ обращается к своим правовым позициям, сформулированным в период действия УПК РСФСР. Это позволяет утверждать, что решения Конституционного Суда РФ в отличие от законодательства не теряют свою юридическую силу автоматически с момента принятия нового закона, а сохраняют актуальность на протяжении длительного времени, составляя основу исторического толкования.

В процессе толкования уголовно-процессуальных норм используются все логические приемы и операции по постижению смысла. Однако особенность толкования заключается в том, что в зависимости от исходного числа анализируемых факторов (конституционных и международных норм, принципов права, правовых позиций), а также объема и последовательности проводимых логических операций субъекты толкования могут приходиться к неоднозначным результатам. Наиболее наглядно это проявляется в особых мнениях судей Конституционного Суда РФ. Несмотря на то, что все судьи во время судебного заседания получают одинаковый объем информации о толковании норм уголовно-процессуального права, у каждого судьи появляется субъективная оценка услышанного в зависимости от их индивидуальных особенностей. Порой такие различия в толковании могут приводить к диаметрально противоположным результатам.

Исходя из того, что правовые позиции, сформулированные в постановлениях Конституционного Суда РФ, обладают высокой юридической силой, презюмируется, что законодатель их учитывал, в частности, при принятии УПК РФ. Однако анализ постановлений Конституционного Суда РФ, принятых после 1 июля 2002 г., позволяет опровергнуть эту презумпцию.

Так, в постановлениях Конституционного Суда РФ от 3 мая 1995 г. № 4-П⁷, от 16 марта 1998 г. № 9-П⁸ (а впоследствии и в постановлениях Конституционного Суда РФ от 17 ноября 2005 г. № 11-П⁹, от 20 февраля 2006 г. № 1-П¹⁰) закреплено правомочие гражданина лично обращаться к суду за защитой своих прав и свобод, имеющее универсальный характер. Эта правовая позиция предполагает конституционное право каждого на обращение в суд самостоятельно либо через своего представителя, законного представителя или защитника. Исходя из этого, Конституционный Суд РФ справедливо подтвердил в п. 3.2. своего постановления от 20 ноября 2007 г. № 13-П¹¹ указанное правомочие и в отношении лица, к которому применяются принудительные меры медицинского характера либо решается вопрос об их продлении, изменении или прекращении. При этом Конституционный Суд РФ обратил внимание законодателя на его право не допускать различное регулирование однородных по своей юридической природе отношений (постановление Конституционного Суда РФ от 28 мая 1999 г. № 9-П¹²), а в рамках предоставленных ему дискреционных полномочий осуществлять дифференцированное регулирование прав указанных лиц с учетом их психического состояния и способности лично участвовать в уголовном судопроизводстве.

Таким образом, правовая позиция лично обращаться в суд за защитой своих прав и свобод не нашла своего отражения в ст. 402, 433, 437–439, 441, 444, 445 УПК РФ и была справедливо поправлена Конституционным Судом РФ. Указанное несоответствие правового регулирования

в перечисленных статьях УПК и правовой позиции Конституционного Суда РФ, выраженной в постановлениях от 3 мая 1995 г. № 4-П, от 16 марта 1998 г. № 9-П, свидетельствует не столько о нежелании законодателя привести эти нормы в соответствие с универсальным полномочием граждан, сколько о непростоом характере уголовно-процессуального регулирования, его многогранности и многоаспектностью. Не случайно, что до 2007 г. вопрос о подобном несоответствии в юридической практике не возникал.

Более жесткую оценку законодателя Конституционный Суд РФ высказал в постановлении от 8 декабря 2003 г. № 18-П¹³, обвинив законодателя в нарушении закона. В п. 5 этого постановления суд указал, что ч. 7 ст. 236 УПК РФ не допускает обжалования в кассационном порядке вынесенного по итогам предварительного слушания судебного решения о приостановлении производства по делу, несмотря на то, что вопрос об обжаловании решений суда первой инстанции, влекущих приостановление производства по делу, ранее рассматривался Конституционным Судом РФ. В постановлениях от 2 июля 1998 г. № 20-П¹⁴ и от 13 ноября 1995 г. № 13-П¹⁵ Конституционный Суд РФ признал не соответствующими Конституции РФ нормы, исключающие право на обжалование таких решений, поскольку тем самым объективно создаются препятствия для дальнейшего движения дела, а невозможность их обжалования порождает опасность неоправданной и незаконной задержки в принятии решения по делу и нарушения прав граждан, судебная защита которых в дальнейшем не может быть обеспечена или не может привести к эффективному их восстановлению.

Конституционный Суд РФ подтвердил, что регулирование, установленное законодателем в ч. 7 ст. 236 УПК РФ, является таким же, как ранее принятое, а потому противоречащее Конституции РФ. В силу ч. 6 ст. 125 Конституции РФ ч. 2 ст. 79 Федерального конституционного закона «О Конституционном Суде Российской Федерации» юридическая сила постановлений Конституционного Суда РФ не может быть преодолена повторным принятием норм, которые были признаны не соответствующими Конституции РФ. Их неконституционность не требует вторичного подтверждения, они не имеют юридической силы с момента принятия и не подлежат применению. До сих пор соответствующие изменения в закон не внесены.

Анализ постановлений Конституционного Суда РФ позволяет утверждать, что законодатель не всегда оперативно вносит изменения в нормы УПК РФ, бывшие предметом толкования в Конституционном Суде РФ и признанные им не соответствующими Конституции РФ. По состоянию на 15 октября 2008 г. таких норм — 15 (п. 1 ч. 2, ч. 4 ст. 82, ч. 7 ст. 236; ч. 4 ст. 237; ч. 9 ст. 246; ст. 402; 405; п. 2 ч. 2, ч. 3 ст. 413; ст. 418; ч. 3 ст. 433; ст. 437; 438; ч. 3, 6 ст. 439; ч. 1 ст. 441; ст. 444; ч. 1 ст. 445) и одна норма (п. 2 ч. 1 ст. 399) не в полном объеме соответствует Конституции РФ.

Не соответствуют Конституции РФ более 4-х лет 3 нормы (постановление Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2003 г.); более 3-х лет — 1 норма (постановление Конституционного Суда РФ от 11 мая 2005 г.); более 2-х лет — 1 норма (постановление Конституционного Суда РФ от 20 апреля 2006 г.); более 1 года — 2 нормы (постановление Конституционного Суда РФ от 16 мая 2007 г.); менее 1 года — 9 норм (постановления Конституционного Суда РФ от 20 ноября 2007 г. и от 16 июля 2008 г.). Эти цифры противоречат закону о том, что Правительство РФ не позднее 3 месяцев после опубликования решений Конституционного Суда обязано внести в Государственную Думу законопроект о внесении изменений и дополнений в закон, признанный неконституционным в отдельной его части; законодательный орган в течение 6 месяцев обязан внести изменения и дополнения в закон, признанный неконституционным в отдельной части¹⁶.

В то же время заслуживает одобрения и поддержки практика указания в УПК РФ, на нормы, которые в результате толкования Конституционным Судом РФ признаны не противоречащими Конституции РФ (таких 19); которые были предметом проверки Конституционного Суда РФ (таких норм 18 и 2 главы); в отношении которых производство прекращено (п. 2 ч. 2, ч. 3, 6 ст. 31 УПК РФ).

Постановления Конституционного Суда РФ конкретизируют и вносят уточнения в систему уголовно-процессуальных положений, обнаруживших неопределенность в вопросе о том, соответствуют ли оспариваемые заявителями нормативные положения Конституции РФ. Они имеют не только теоретическое, но и большое практическое значение. Правильное толкование уголовно-процессуальных норм содействует сокращению ошибок и правонарушений.

На основе изложенного можно констатировать:

а) толкование, данное в постановлениях Конституционного Суда РФ, более долговечно, не теряет юридической силы в связи со сменой законодательства;

б) решающее значение на процесс толкования уголовно-процессуальных норм оказывают исходные факторы, подлежащие анализу, а также объем и последовательность производимых с ними логических операций. В зависимости от их соотношения субъекты толкования могут приходиться к неоднозначным выводам;

в) незаконно длительное (от 4-х лет до 9 месяцев) отсутствие корректной законодательной регламентации 16 статей УПК РФ, в которые внесены изменения Конституционным Судом РФ. Это не может быть оправдано сложностью формулирования необходимых предписаний, т.к. Конституционный Суд РФ убедительно и аргументированно указал путь совершенствования уголовно-процессуального законодательства. Такое положение не соответствует сущности статутного права, к которому относится национальное законодательство. Характер статутного права заставляет идти по пути подготовки наиболее точно сформулированного закона.

¹ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 ноября 2007 г. № 13-П // СЗ РФ. 2007. № 48, ч. 2, ст. 6030.

² См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 20 апреля 2006 г. № 4-П // СЗ РФ. 2006. № 18, ст. 2058.

³ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 6 апреля 2006 г. № 3-П // СЗ РФ. 2006. № 16, ст. 1775.

⁴ См.: Постановление Конституционного Суда РФ от 22 марта 2005 г. № 4-П // СЗ РФ. 2005. № 14, ст. 1271.

⁵ См.: СЗ РФ. 2002. № 31, ст. 3160.

⁶ См.: СЗ РФ. 2005. № 22, ст. 2194.

⁷ См.: СЗ РФ. 1995. № 19, ст. 1764.

⁸ См.: СЗ РФ. 1998. № 12, ст. 1459.

⁹ См.: СЗ РФ. 2005. № 48, ст. 5123.

¹⁰ См.: СЗ РФ. 2006. № 10, ст. 1145.

¹¹ См.: СЗ РФ. 2007. № 48, ч. 2, ст. 6030.

¹² См.: СЗ РФ. 1999. № 23, ст. 2890.

¹³ См.: СЗ РФ. 2003. № 51, ст. 5026.

¹⁴ См.: СЗ РФ. 1998. № 28, ст. 3393.

¹⁵ См.: СЗ РФ. 1995. № 47, ст. 4551.

¹⁶ Статья 80 «Обязанность государственных органов и должностных лиц по приведению законов и иных нормативных актов в соответствие с Конституцией РФ в связи с решением Конституционного Суда Российской Федерации» Федерального конституционного закона от 15 декабря 2001 г. «О внесении изменений и дополнений в Федеральный конституционный закон "О Конституционном Суде Российской Федерации"» // СЗ РФ. 2001. № 51, ст. 4824.

Е.В. Комбарова

КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВЫЕ ПРОЦЕДУРЫ РАЗРЕШЕНИЯ РАЗНОГЛАСИЙ МЕЖДУ ОРГАНАМИ ГОСУДАРСТВЕННОЙ ВЛАСТИ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Разногласия, коллизии, споры сопутствуют любой деятельности на ее разных этапах, не является исключением и деятельность органов государственной власти. Возникая вследствие объективных причин и субъективного фактора, они отражают различные интересы субъектов права и их неодинаковое правопонимание.

Определяя стратегию конституционного регулирования отношений и связей общественной жизни, порожденных демократическими преобразованиями, следует исходить из того, что социальные противоречия, разногласия и различия во взглядах на их разрешение – явление нормальное. Конституция и текущее законодательство не должны скрывать возникающие разногласия, а публично, на нормативно-правовом уровне, признав факт существования

© Е.В. Комбарова, 2009

Преподаватель кафедры конституционного и международного права Саратовской государственной академии права.

несовпадающих интересов и конфликтов, предложить эффективные правовые способы их разрешения.

Недавним примером крупных разногласий, переросших в серию конфликтов политико-правового характера, явились взаимоотношения в России двух ветвей власти – законодательной и исполнительной. Без юридических актов и процедур подобные взаимоотношения упорядочить невозможно. Основание для введения конфликта в «законное русло» послужила подготовка, а затем и принятие Конституции России 1993 г. Основной Закон Российской Федерации представляет собой нормативно-правовую основу разрешения противоречий современного общества. Процедуры разрешения разногласий и многих споров важны для правовой науки. Любой конфликт должен вводиться в правовое русло для использования легитимных и разумных процедур и нахождения цивилизованных, правильных (рациональных) решений.

В качестве процедур преодоления подобного противоборства сторон (субъектов) различные отрасли права используют как не всегда формализованные средства (например, посредничество, обращение к арбитру), так и формальные и конституционные (механизмы «сдержек и противовесов», парламентские и согласительные процедуры, судебное рассмотрение).

Приоритетное значение имеют юридизированные (прежде всего конституционные) процедуры разрешения разногласий в системе органов публичной власти. Они нормативно (хотя и в общем виде) закреплены Конституцией РФ, которая легализовала возможность противоборства различных субъектов права, предусмотрев правовые средства разрешения конфликтной ситуации. Отметим важнейшие из них.

1. Принцип разделения властей, закрепленный в ст. 10 Конституции РФ, выступает одной из основ отечественной государственности и конституционного строя. Его смысл состоит в том, чтобы избежать единовластия, диктатуры одного лица или группы лиц, построить систему «сдержек и противовесов» против возможного возвышения одной из ветвей власти над другими и тем самым гарантировать соблюдение демократических начал в управлении обществом.

Разделение законодательной и исполнительной власти – необходимая институциональная гарантия от произвольного вмешательства исполнительно-административных органов в общественные отношения. Однако это реализуется только при наличии независимой судебной власти, способной контролировать законность и правомочность действий исполнительной власти и защитить общество от возможных законодательных нарушений с помощью процедуры конституционного контроля¹. Также это достигается путем четкого законодательного закрепления полномочий и мер ответственности за неисполнение своих обязанностей органами государственной власти.

2. Над тремя ветвями власти нет более высокого арбитра, чем сам суверенный народ. Основываясь на ст. 3 Конституции РФ можно утверждать, что конфликт в сфере разделения властей может быть рассмотрен и разрешен либо самими этими же властями, либо народом путем референдума и свободных выборов.

Референдум как форма непосредственной демократии играет особую роль в разрешении разногласий в сфере разделения властей. Согласно Федеральному конституционному закону от 28 июня 2004 г. № 5-ФКЗ «О референдуме Российской Федерации»² на референдум в обязательном порядке выносится вопрос о принятии новой Конституции РФ, закрепляющей новую расстановку политических сил, если Конституционное Собрание принимает соответствующее решение. Таким образом, институт референдума должен быть (и является) последней и окончательной инстанцией при разрешении конституционно-правовых споров. При этом сами разногласия, по идее, должны носить фундаментальный, основополагающий характер либо они уже перешли в такую стадию, в которой реальным становится применение силы.

Если говорить о выборах, то, как правильно отмечает В.В. Смирнов, «в процедуре выборов нет ни одного этапа, который бы не играл существенной роли в том, будут ли выборы служить цели согласования интересов и оптимизации конфликтов, или же, наоборот, вести к усилению социально-политической напряженности»³. Согласно ст. 111 и 117 Конституции РФ Президент вправе в определенных случаях распустить Государственную Думу и назначить новые выборы. В этот момент волеизъявление народа на выборах покажет: на чьей он стороне; поддерживает

ли он Президента; либо состав Государственной Думы будет примерно тем же. В своем постановлении от 11 декабря 1998 г. № 28-П «По делу о толковании положений части 4 статьи 111 Конституции Российской Федерации» Конституционный Суд РФ дал толкование ч. 4 ст. 111 Конституции (о трехкратном отклонении Государственной Думой кандидатуры Председателя Правительства), где указал, что конституционно-правовой способ разрешения возникшего между Президентом и Государственной Думой разногласия «с использованием механизма свободных выборов соответствует основам конституционного строя Российской Федерации как демократического правового государства»⁴.

Однако при использовании различных форм непосредственной демократии в процессе разрешения разногласий в системе государственной власти необходимо иметь в виду, что на первом месте остается политика. Конституционно-правовой аспект в данном случае отходит на второй план. И это необходимо учитывать при решении вопроса о расширении сферы применения данных институтов.

3. Следующей формой разрешения разногласий в системе органов власти являются парламентские процедуры. Парламент – Федеральное Собрание – можно рассматривать как общероссийский представительный орган власти, вырабатывающий общую волю народа на основе согласования социальных интересов, в т.ч. противоборствующих, различных политических партий, путем принятия единых решений в форме закона и иного акта в целях достижения общественного согласия. Естественно, что при этом достаточно часто возникают разногласия и конфликты между политическими партиями, фракциями, группами, отдельными депутатами. Разрешение таких разногласий в самом парламенте требует разработки и использования различных парламентских процедур.

Главным требованием в отношении разногласий, разрешаемых на уровне парламента, можно считать его институционализацию, связанную с нормативным подходом и воздействием нормы права на поведение его участников. В конституционно-правовом аспекте условиями институционализации конфликта на парламентском уровне являются различного рода законодательные и нормативные акты, устанавливающие определенные нормы и правила, позволяющие создать механизм разрешения разногласий либо сами составляющие суть этого механизма.

Согласно Конституции РФ 1993 г. конфликтная ситуация возникает из-за отклонения Советом Федерации закона, принятого Государственной Думой и из-за несогласия Государственной Думы с решением Совета Федерации. В первом из этих случаев палаты могут создать согласительную комиссию для преодоления возникших разногласий, после чего федеральный закон подлежит повторному рассмотрению в Думе. Во втором случае федеральный закон считается принятым, если при повторном голосовании за него в нижней палате проголосовало не менее двух третей от общего числа депутатов Государственной Думы. Таким образом, если консенсус не достигается, то решение (т.е. федеральный закон), должно быть принято в обычном порядке, но квалифицированным большинством голосов.

Создание специальных комиссий, в состав которых могут включаться не только представители сторон, но и посредники, авторитетные специалисты, является эффективной формой добровольного сотрудничества конфликтующих сторон. Согласительные комиссии готовят проект решения, имеющий целью смягчение, разрешение или предотвращение конфликта. В работе такого согласительного органа участвуют представители палат парламента, а в ряде случаев — и правительства. Члены парламента в согласительном органе совместно ищут политические пути преодоления или смягчения разногласий.

Парламентские процедуры по предотвращению, разрешению или прекращению конфликта не исчерпываются созданием специальных согласительных органов. Большая часть из них, на наш взгляд, регулируется нормами парламентского права и направлена на преодоление внутривластных коллизий, противоречий. Так, во время парламентской дискуссии в каждой из палат между депутатами нередко возникают конфликты, подчас принимающие спорный характер. Это касается не только пленарных сессий, но и заседаний комитетов, комиссий, депутатских фракций и групп. Регламенты обеих палат Федерального Собрания, как это принято в мировой практике, имеют специальные разделы о парламентских слушаниях, регулируют порядок рассмотрения различных вопросов, проведения слушаний, дискуссий. Некоторые нормы содержат правила депутатской этики, имеющие прямое отношение к по-

ведению сторон во время разногласий (например, запрет на грубые, оскорбительные выражения в адрес председательствующего, других депутатов, необоснованные обвинения в чей-либо адрес, использование заведомо ложной информации или призыв к незаконным действиям). Надо сказать, что межличностные конфликты между депутатами имели место в предшествующих созывах депутатов Государственной Думы Федерального Собрания РФ. Иногда это не ограничивалось просто выкриками с мест, оскорблениями, жестами, а порой доходило до рукоприкладства, «выноса» депутатов из зала заседаний. Подобные ситуации не являются исключением и для зарубежных парламентов. Конечно, запретительными нормами не всегда можно решить такие конфликты. Хотя, разумеется, эти правила нужны. Так, в Регламенте Государственной Думы предусмотрены санкции к нарушителям: лишение слова, лишение права на выступление в течение дня, предупреждение, указание, а также удаление из зала приглашенных на заседание лиц, мешающих работе Государственной Думы⁵. В регламентах устанавливаются продолжительность выступления, порядок внесения предложений, очередность их обсуждения и т.д.

Вопрос о депутатской этике, конечно, выходит и на другие, помимо Регламента, нормативные акты, непосредственно регулирующие статус парламентариев. Однако проблема состоит не только в сугубо юридической стороне, а затрагивает морально-этические нормы нравственности, общей правовой и политической культуры парламентской работы.

4. Другим юридизированным аспектом разрешения разногласий между органами публичной власти выступают согласительные процедуры. Их современное правовое регулирование осуществляется на всех уровнях власти – федеральном, региональном и муниципальном. Отдельные их элементы содержатся в Конституции РФ, федеральных конституционных, федеральных законах⁶. Ряд глав в Регламентах палат Федерального Собрания РФ посвящен их детализации, но применительно лишь к законодательному процессу на федеральном уровне. Незначительное число статей имеется и в конституциях (уставах) субъектов Федерации⁷, законах российских субъектов, в ряде нормативных указов Президента и постановлений Правительства РФ, внутрифедеральных договорах и некоторых других источниках. Однако, к сожалению, пока применение согласительных процедур не получило четкого законодательного регулирования. Данные нормы лишь указывают на возможность использования согласительных процедур, но не говорят о механизме их реализации, о порядке создания согласительных или паритетных комиссий.

На наш взгляд, необходимо принять Федеральный закон «О согласительных процедурах», где будут четко прописаны цели, задачи, порядок создания согласительных комиссий.

5. В современном государстве особое место принадлежит судебным процедурам урегулирования споров и преодоления коллизий. Как справедливо отмечено, «характерной тенденцией последнего времени стало законодательное расширение пределов полномочий судебных органов за счет включения в их юрисдикцию разрешения всевозможных конфликтных ситуаций, возникающих во взаимоотношениях различных ветвей власти, при нарушении интересов Российской Федерации и ее субъектов, осуществлении административного управления»⁸. Это проявляется, в частности, в наделении судов функцией контроля за правомочностью актов, издаваемых органами и должностными лицами государственной власти и местного самоуправления.

Одной из форм разрешения разногласий между ветвями власти и устранения конфликтов, возникающих в законодательной и исполнительной деятельности, выступает конституционное судопроизводство. Можно согласиться с мнением, согласно которому Конституционный Суд РФ в специфической форме контролирует соблюдение Конституции другими государственными органами. В известном смысле можно отнести его к числу тех механизмов «сдержек и противовесов», которые поддерживают баланс трех ветвей власти и играют важную роль в сохранении и укреплении принципов демократического правового государства⁹. Федеральное законодательство предусматривает участие судебных органов в рассмотрении споров, возникающих между органами государственной власти. Так, согласно основным нормам Конституционный Суд РФ разрешает споры о компетенции: а) между федеральными органами государственной власти; б) между органами государственной власти РФ и органами государственной власти ее субъектов; в) между высшими государственными органами российских субъектов.

Определенными полномочиями в рассматриваемой области могут обладать конституционные (уставные) суды субъектов Федерации, хотя это прямо не предусмотрено ст. 27 Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»¹⁰, регулирующей их компетенцию. Конституционный (уставный) суд может разрешать спор о компетенции, если это полномочие не относится к ведению федеральных судов, предполагает применение региональных основных норм и соответствует социально-правовой природе данного суда как органа конституционного контроля. Исходя из этого, к ведению данных судов следует отнести разрешение споров о компетенции: а) между высшими органами государственной власти субъектов Федерации; б) между высшими органами государственной власти субъектов и органами местного самоуправления; в) между органами местного самоуправления различных муниципальных образований.

Если конституционный (уставный) суд на регионально-субъектном уровне отсутствует, то вышеназванные споры о компетенции должны разрешаться судами общей юрисдикции в порядке, установленном Гражданским процессуальным кодексом РФ. Однако в последнем отсутствуют какие-либо специальные нормы, регламентирующие реализацию судами этого полномочия. В то же время едва ли возможно, исходя из правовой природы этой категории судебных дел, назвать их гражданскими.

По состоянию на декабрь 2008 г. конституционные (уставные) суды действуют в 16 российских субъектах. На наш взгляд, стоит внести изменения в Федеральный конституционный закон «О судебной системе Российской Федерации» в части стимулирования создания конституционных (уставных) судов. В литературе обоснованно предлагается обязать субъекты Федерации создавать эти судебные органы.

6. Важным звеном в рассматриваемом механизме разрешения споров публично-правового характера выступают средства их профилактики. Аксиомой является формула, согласно которой конфликт проще предотвратить, чем потом разрешить. В этом аспекте значимы любые средства, обеспечивающие скоординированную, согласованную деятельность органов власти на различных уровнях. Такая координация, согласование интересов необходимы как в процессе нормотворчества, так и в текущей повседневной деятельности органов государственной власти.

Таким образом, существуют различные процедуры разрешения разногласий в системе органов государственной власти. Каждая имеет свои преимущества и недостатки, при этом обладая определенной спецификой. Тем не менее у каждой из этих процедур есть свой потенциал, который должен быть надлежащим образом закреплен в законодательстве и эффективно использован. Несомненно, что выявлять и разрешать споры следует комплексно, систематически и целенаправленно, с постоянным анализом эффективности проводимых мероприятий. Необходим четко отлаженный механизм, включая обучение средствам и процедурам по предупреждению и недопущению разногласий в будущем.

Конституционно-правовые процедуры как способ разрешения разногласий между органами публичной власти являются, на наш взгляд, важнейшим и перспективным институтом коллизионного права. Они имеют важное социально-политическое значение, служат одним из эффективных средств в деле разрешения спорных вопросов, и, прежде всего, в таких сложных и политизированных сферах, как межнациональные, федеративные и межрегиональные отношения¹¹. Необходимо развивать и совершенствовать законодательную и правовую регламентацию средств разрешения разногласий между органами публичной власти. Целесообразно шире осваивать разнообразные процедуры как путем изучения их признаков, так и типологии ситуаций возможного применения. История показывает, что ключ к повышению эффективности социального управления проводимой государством политики лежит не в полной и окончательной «победе» одной из ветвей власти над другой, а в повышении ответственности государства перед обществом, усилении контроля общества над делами государства, закреплении и осуществлении мер конституционно-правовой ответственности.

¹ Подробнее об этом см.: Юридическая конфликтология / под ред. В.Н. Кудрявцева. М., 1995. С. 243–250.

² См.: СЗ РФ. 2004. № 27, ст. 2710; 2007. № 1, ч. 1, ст. 2; 2008. № 17, ст. 1754.

³ Смирнов В.В. Выборы как способ снижения социально-политической конфликтности в условиях демократизации общества // Социальные конфликты. М., 1994. Вып. 7.

⁴ СЗ РФ. 1998. № 52, ст. 6447.

⁵ См. ст. 52 постановления Государственной Думы Федерального Собрания РФ от 22 января 1998 г. № 2134-III ГД «О Регламенте Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации» // СЗ РФ. 1998. № 7, ст. 801.

⁶ См.: Федеральные законы от 6 октября 1999 г. № 184-ФЗ «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 42, ст. 5005; от 4 января 1999 г. № 4-ФЗ «О координации международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации» // СЗ РФ. 1999. № 2, ст. 231; от 17 июля 2001 г. № 101-ФЗ «О разграничении государственной собственности на землю» // СЗ РФ. 2001. № 30, ст. 3060.

⁷ Например, в ст. 69 Закона Саратовской области от 2 июня 2005 г. № 46-ЗСО «Устав (Основной закон) Саратовской области» (в ред. от 2 июля 2008 г.) // Неделя области (спецвыпуск). Саратов. 2005. 4 июня.

⁸ Конституционное законодательство России / под ред. Ю.А. Тихомирова. М., 1999. С. 195.

⁹ См.: Конфликты в современной России (проблемы анализа и регулирования) / под ред. Е.Н. Степанова. М., 2000. С. 184.

¹⁰ См.: СЗ РФ. 1997. № 1, ст. 1; 2001. № 51, ст. 4825; 2003. № 27, ч. 1, ст. 2698; 2005. № 15, ст. 1274.

¹¹ См.: *Хаманева Н.Ю.* Исполнительная власть в России. История и современность, проблемы и перспективы развития // СПС ГАРАНТ – Платформа F1 ЭКСПЕРТ (дата обращения: 22.12.2008).

В.В. Гаврилов

КОНСТИТУЦИОННОЕ ТОЛКОВАНИЕ УГОЛОВНОГО ЗАКОНА

В соответствии с ч. 4 ст. 125 Конституции РФ «Конституционный Суд Российской Федерации по жалобам на нарушение конституционных прав и свобод граждан и по запросам судов проверяет конституционность закона, применяемого или подлежащего применению в конкретном деле, в порядке, установленном федеральным законом».

При изучении принятых Конституционным Судом РФ постановлений по жалобам граждан на нарушения их конституционных прав в связи с несоответствием уголовного закона Конституции РФ просматривается четкая тенденция, что в ходе таких проверок Конституционный Суд РФ не ограничивается только констатацией факта, соответствия или несоответствия применяемого или подлежащего применению уголовного закона Конституции РФ, а аргументирует свои выводы детально и глубоко разбирая (толкую) как положения Конституции РФ, так и положения проверяемого закона.

При этом Конституционным Судом РФ применяются не только традиционные способы толкования: исторический, логический, систематический, грамматический, но и способ всестороннего анализа толкуемой нормы, который мы бы назвали аналитическим.

Все это позволяет говорить о новом виде толкования (как по субъекту, так и по способу) — о конституционном толковании уголовно-правовых норм, осуществленном в ходе проверки по жалобам граждан или по запросу судов о конституционности закона, применяемого или подлежащего применению в конкретном деле.

Таким образом, под конституционным толкованием уголовного закона мы понимаем такое толкование уголовно-правовых норм, которое дается Конституционным Судом РФ в ходе проверки по жалобам граждан или по запросу судов о конституционности применяемого или подлежащего применению уголовного закона.

Соответственно постановления Конституционного Суда РФ по каждому конкретному делу не сводятся лишь к истолкованию юридических признаков применяемой или подлежащей применению уголовно-правовой нормы. В них дается аналитический анализ обширного круга вопросов, относящихся как к существу рассматриваемой жалобы, так и к существу проверяемого закона, но бесспорным остается тот факт, что без детального и всестороннего толкования проверяемого закона и его юридических признаков невозможно сделать вывод о его соответствии или несоответствии Конституции РФ. При этом выводы о содержании уголовно-правовой нормы, полученные в результате ее толкования Конституционным Судом

© В.В. Гаврилов, 2009

Аспирант кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Саратовской государственной академии права.

РФ, не имеют самодовлеющего значения и служат лишь одним из оснований признания этой нормы соответствующей или несоответствующей Конституции РФ.

Анализируя конкретную уголовно-правовую норму на предмет ее конституционности, Конституционный Суд РФ, как правило, не ограничивается толкованием лишь этой нормы, а истолковывает и другие вопросы применения и содержания права, имеющие общетеоретическое значение, а также значение общеобязательности для всех как правоприменительных органов, так и органов законодательной и исполнительной власти.

Наглядным примером рассматриваемых нами положений является постановление Конституционного Суда РФ от 27 мая 2008 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности положения части 1 статьи 188 Уголовного Кодекса Российской Федерации в связи с жалобой гражданки М.А. Асламазян»¹.

В общих чертах суть этого дела такова: в январе 2007 г. на таможне в Шереметьево была задержана руководитель фонда «Образования медив» М.А. Асламазян за провоз без декларирования валюты в сумме 9 550 евро и 5 130 руб., что в общей сложности превышало общую сумму в 250 тыс. руб., разрешенную для недекларируемого провоза.

По этому факту в отношении М.А. Асламазян было возбуждено уголовное дело.

Жалобы адвоката, поданные в интересах М.А. Асламазян в Генеральную прокуратуру РФ и районный суд г. Москвы о необоснованности возбуждения уголовного дела и об отмене соответствующего постановления, остались без удовлетворения.

В итоге М.А. Асламазян обратилась в Конституционный Суд РФ с просьбой проверить на соответствие Конституции РФ ч. 1. ст. 188 УК РФ.

Поводом к рассмотрению дела таким образом, послужила жалоба гражданки М.А. Асламазян, а *основанием* к рассмотрению дела — обнаруженная неопределенность в вопросе о том, соответствует ли Конституции РФ оспариваемое заявителем законоположение. В жалобе М.А. Асламазян указывала, что, по ее мнению, ст. 188 УК РФ нарушает закрепленные в ч. 1 ст. 17 и ч. 1 ст. 19 Конституции РФ гарантии конституционных прав граждан, в т.ч. равенство всех перед законом и судом, а также противоречит провозглашенному в Конвенции о защите прав человека и основных свобод принципу правовой определенности, поскольку лишает гражданина возможности в разумных пределах предвидеть негативные последствия своего поведения, наступающие при нарушении порядка перемещения через таможенную границу Российской Федерации такого специфического предмета, как иностранная валюта и (или) валюта РФ.

«Таким образом, — сказано в постановлении, — предметом рассмотрения Конституционного Суда Российской Федерации по настоящему делу является нормативное положение части 1 статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации, как позволяющее — во взаимосвязи с примечанием к статье 169 данного Кодекса — при привлечении к уголовной ответственности за контрабанду, совершаемую путем перемещения через таможенную границу Российской Федерации недекларированной или недостоверно декларированной иностранной валюты и (или) валюты Российской Федерации в крупном, то есть превышающем в эквиваленте 250 тысяч рублей, размере, признавать его таковым исходя из всей перемещаемой суммы, включая и ту ее часть, которая законом разрешена для ввоза в Российскую Федерацию без декларирования таможенному органу».

В данном положении постановления Конституционного Суда РФ привлекает внимание, прежде всего, то, что предметом рассмотрения Конституционного Суда РФ по делу М.А. Асламазян является не только вопрос соответствия или несоответствия части 1 статьи 188 Уголовного кодекса РФ Конституции РФ, но и «...нормативное положение части 1 статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации...». Это значит, что только путем толкования этой уголовно-правовой нормы можно прийти к выводу о ее соответствии или несоответствии Конституции РФ. Без такого толкования ответить на главный вопрос этого дела не представляется возможным. При его рассмотрении Конституционный Суд РФ пришел к выводу, что «как по буквальному смыслу нормы части 1 статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации, так и по смыслу, предаваемому ей правоприменительной практикой, размер перемещаемой через таможенную границу Российской Федерации валюты признается крупным (а именно согласно примечанию к статье 169 данного Кодекса, превышающем в эквиваленте 250 тысяч

рублей) исходя из всей перемещаемой суммы, включая и ту ее часть, которую закон разрешает ввозить в Российскую Федерацию без письменного декларирования, определяется неправильно, так как в результате даже несущественного превышения суммы, разрешенной для ввоза в Российскую Федерацию без декларирования таможенному органу (как это имело место в деле гражданки М.А. Асламазян), может повлечь уголовную ответственность, что в значительной степени связано с дефективностью самой нормы, с отсутствием должной формальной определенности, позволяющей толковать и применять содержащийся в ней уголовно-правовой запрет как не соразмерно ограничивающий в нарушение принципов равенства и справедливости конституционное право собственности».

В результате такого вывода Конституционный Суд РФ в п. 5.4 рассматриваемого постановления признал, что «...регулирование, содержащееся в части 1 статьи 188 УК РФ с примечанием к статье 169 данного Кодекса, не согласуется с конституционными принципами верховенства права и правового государства, а также общеправовыми принципами соразмерности, справедливости и равенства, не отвечает требованиям статей 1, 19 и 55 части 3 Конституции Российской Федерации при привлечении к юридической ответственности и потому ведет к несоразмерному ограничению конституционного права собственности, гарантированного статьей 36 Конституции Российской Федерации и статьей 1 Протокола № 1 “Конвенции о защите прав человека и основных свобод”».

На основании проведенного анализа и сделанных выводов Конституционный Суд РФ постановил: «Признать не соответствующим Конституции Российской Федерации ее статьям 17 (части 1), 19 (части 1), 54 (части 2), 55 (части 3), нормативное положение части 1 статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации в той мере, в какой оно позволяет — во взаимосвязи с примечанием к статье 169 данного Кодекса — при привлечении к уголовной ответственности за контрабанду, совершаемую путем перемещения через таможенную границу Российской Федерации недеklarированной или недостоверно декларированной иностранной валюты и (или) валюты Российской Федерации в крупном, то есть превышающем в эквиваленте 250 тысяч рублей, размере, признавать его таковым исходя из всей перемещаемой суммы, включая ту ее часть, которую закон разрешает ввозить в Российскую Федерацию без письменного декларирования».

Во-первых, Конституционный Суд РФ в данном постановлении не только решил вопрос о несоответствии ч. 1 ст. 188 УК РФ Конституции РФ, но и произвел толкование такого квалифицирующего признака контрабанды, как крупный размер.

Во-вторых, на основании именно такого толкования этого уголовно-правового признака Суд приходит к убеждению о несоответствии ч. 1 ст. 188 УК РФ Конституции РФ.

В-третьих, рассматривая конкретное дело гражданки М.А. Асламазян, так же как и другие дела уголовно-правового характера, Конституционный Суд РФ наряду с толкованием конкретного уголовно-правового вопроса (в данном случае понимания крупного ущерба при контрабанде) затрагивает целый ряд общетеоретических вопросов, касающихся не только данного конкретного факта, но и имеющих обязательное отношение ко всем случаям решения вопросов уголовной ответственности, а также к содержанию и качеству уголовного законодательства. Констатация того, что «...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) тому вреду, который причинен в результате преступного деяния, с тем чтобы обеспечивались 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», имеет универсальный характер и относится ко всем нормам уголовного законодательства.

Такое же универсальное значение для всех правоприменительных органов имеет и закрепленное п. 5.2 рассматриваемого постановления Конституционного Суда РФ положение о том, «...что закон, устанавливающий уголовную ответственность, не может толковаться при его применении расширительно, то есть как распространяющийся на деяния, прямо им не запрещенные, не может применяться по аналогии и что не имеет обратной силы закон, устанавливающий или отягчающий ответственность, то есть ухудшающий положение лица, привлекаемого к ответственности».

В плане рассматриваемой проблемы возникает вполне обоснованный вопрос: могли бы другие субъекты не только провести подобное толкование одного из признаков ч. 1 ст. 188 УК РФ, но и принять решение о том, что «нормативное положение статьи 188 Уголовного кодекса Российской Федерации в той мере, в какой настоящим постановлением оно признано не соответствующим Конституции РФ, утрачивает силу и не подлежит применению, а основанные на нем решения судов и иных органов подлежат пересмотру в соответствии со ст. 58 (ч. 2) Конституции РФ.

Конечно же ответ на этот вопрос может быть только отрицательным, потому что в соответствии со ст. 50 Закона о Конституционном Суде РФ только ему принадлежит право требования обязательного предоставления текстов нормативных и других правовых актов, документов и их копий, дел, сведений и других материалов о проведении проверок, исследований, экспертиз об установлении наличия или отсутствия определенных обстоятельств; о выделении специалистов, о дачи рецензий, консультаций и об изложении профессиональных мнений по рассматриваемым делам².

Легальное толкование, даваемое или самим органом, принявшим этот закон (аутентичное толкование), или же органами специально уполномоченными на то законом, в основном сводится к разъяснению сути и содержания закона, а не к выяснению его недостатков. Легальное толкование никогда не влечет отмену или изменение толкуемого закона, хотя по своей юридической силе оно соответствует конституционному толкованию, т.к. его результаты обязательны для всех.

Судебное толкование, даваемое судебными органами, хотя и может относиться к отдельному делу в процессе его решения по существу, тем не менее не приобретает обязательного значения, т.к. судебный прецедент не является в нашей стране основанием уголовной ответственности. Что касается судебного толкования закона, даваемого Верховным Судом РФ, по применению и пониманию отдельных уголовно-правовых норм и которое является обязательным для всех правоприменяемых органов, то оно, при кажущейся идентичности с конституционным толкованием, отличается от него как по основаниям и поводам, так и по юридической силе. Будучи обязательным для всех правоприменительных органов, результаты судебного толкования не могут автоматически влечь отмену или изменение уголовно-правовой нормы.

Еще в большей мере это относится к доктринальному толкованию уголовных законов, которое вообще не имеет никакой юридической силы. Тем не менее следует отметить, что признак доктринальности (научности) присущ всем постановлениям Конституционного Суда РФ, но будучи облаченным в логически завершённые формы он приобретает смысл общеобязательных положений.

Говоря об особенностях конституционного толкования уголовного закона и его отличий от толкования уголовных законов другими субъектами, можно указать на следующие особенности:

1. Целью конституционного толкования служит выявление соответствия уголовного закона (или его отдельных норм) духу и букве Конституции РФ, причем не какому-то отдельному положению Конституции РФ (например, соответствует ли ст. 139 УК РФ «Нарушение неприкосновенности жилища» ст. 25 Конституции РФ), а всем положениям Конституции РФ без исключения.

2. Поводом к рассмотрению определенных дел, связанных с признанием конституционности применяемой или подлежащей к применению нормы, а следовательно, конституционного толкования этой нормы, является жалоба гражданина или запрос суда.

Поводом же аутентичного толкования является необходимость в разъяснении смысла и содержания закона; поводом судебного толкования — необходимость в единообразном применении уголовного закона всеми правоприменительными органами.

Что касается поводов доктринального толкования, то они варьируются от потребности в удовлетворении субъективного интереса до общественного заказа, на проведение определенных научных исследований.

3. Основанием к рассмотрению дела в Конституционном Суде РФ, а следовательно, и необходимости в истолковании уголовно-правовой нормы, служит лишь обнаружившееся

несоответствие между Конституцией РФ и оспариваемым законоположением. Основания других видов толкования, осуществляемого другими субъектами, существенно не отличаются от поводов, хотя при более тщательном анализе такие различия выявить можно.

4. По своей юридической силе конституционное толкование несравнимо ни с какими другими видами толкования. Если постановления Пленума Верховного Суда РФ, в которых дается толкование отдельных уголовно-правовых норм, имеют обязательную силу для всех правоприменительных органов страны по применению данного закона, не изменяя его содержания, то результаты конституционного толкования адресованы, прежде всего, законодателю. Эти решения в безусловном порядке приостанавливают действия толкуемого уголовно-правового акта и подлежат изменению или отмене. Все дела, рассматриваемые ранее в соответствии с данным законом, подлежат пересмотру, а возбужденные дела по указанной статье должны быть прекращены.

Таким образом, как по субъекту, так и по способу толкования уголовного закона мы имеем дело с новым видом толкования — конституционным толкованием уголовного закона, даваемым в процессе рассмотрения жалоб граждан или запроса судов на предмет конституционности применяемой или подлежащей применению уголовно-правовой нормы.

¹ См.: Российская газета. 2008. 28 мая.

² См.: *Эбзеев Б.С.* Конституционный Суд Российской Федерации: становление, юридическая природа, правовые позиции. Вступительная статья. Комментарий к постановлениям Конституционного Суда Российской Федерации. М., 2001. Т. 1. С. 20.

Р.М. Казаков

ОТЕЧЕСТВО КАК ОБЪЕКТ КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ ЗАЩИТЫ ГРАЖДАНИНА

Конституция как Основной Закон государства должна обладать адекватным категориальным аппаратом, вмещать в себя теоретически осмысленные, обоснованные, выверенные понятия. Согласно ч. 1 ст. 59 Конституции РФ «защита Отечества является долгом и обязанностью гражданина Российской Федерации». Исходя из содержания данной нормы, становится очевидным, что одним из ключевых слов здесь выступает «Отечество».

Сегодня аксиоматичность закрепления Отечества в качестве объекта защиты гражданина Российской Федерации не вызывает сомнений. Выбор законодателем данного термина в качестве объекта защиты гражданина отнюдь не является надуманным и случайным.

Стоит отметить, что в российской юридической науке понятие «Отечество» до сих пор не получило единой трактовки, что, как представляется, негативно отражается на понимании самой конституционной обязанности по защите Отечества.

Термин «Отечество» встречается в тексте Конституции РФ дважды — в преамбуле и в указанной статье, но стоит заметить, что в первом случае этот термин использован конституционным законодателем наравне с таким понятием, как «Родина». Отсюда следует, что вышеназванные термины используются как синонимы, несущие определенную идеологическую нагрузку в соответствующем контексте. Часть 2 ст. 1 Конституции РФ делает акцент на равнозначности наименования Российская Федерация и Россия, но ни в данной и ни в какой другой статье не говорится об их тождественности с «Родиной» и «Отечеством». Тем не менее это не отрицает их общего и смыслового единства, хотя стоит заметить, что именно понятие «Россия» олицетворяет Отечество, синонимизирует с последним.

В словаре русского языка С.И. Ожегова дается следующее определение Отечества: «Отечество — страна, где родился данный человек и к гражданам которой он принадлежит»¹.

© Р.М. Казаков, 2009

Аспирант кафедры конституционного и международного права Саратовской государственной академии права.

Как считает С.Ю. Иванова, Отечество является «своеобразной надстройкой» и означает «социокультурную определенность национальной жизни»². Именно «общественно определенная среда обитания отдельной личности или целого народа, включающая в себя плоды материальной культуры, духовное богатство и способ организации человеческой жизни» и составляет Отечество³.

По мнению А.С. Семакина, Отечество олицетворяет собой систему ценностей, которые создают, поддерживают и воспроизводят историческую жизнедеятельность народов и отдельных лиц, входящих в их состав⁴.

При рассмотрении вышеуказанных определений особый вопрос вызывает фраза из определения С.И. Ожегова «страна, где родился человек». Человек, который родился и прожил на данной территории много лет, но не получил по какой-то причине гражданства, не может не иметь Отечества. Так же обстоит дело и с детьми депортированных жителей Северного Кавказа, которые были рождены и проживали вдали от своих родных краев длительное время, но для которых Россия была и остается Отечеством. И.А. Ильин по этому поводу отмечал, что уйти от Родины нельзя, ее нельзя перестать любить⁵. Справедливой видится и позиция Б.С. Эбзеева, согласно которой защита Отечества является долгом не только гражданина Российской Федерации, но и иных лиц, для которых Россия — Отечество⁶.

Ошибочно сводить связь родины с личностью только к биологическому акту, потому что такая связь возникает не только по причине рождения на данной территории. Духовное отношение человека к чему-либо бывает иногда куда важнее и сильнее, чем отношения, основанные на гражданстве. Так, американский писатель М. Голд объяснял мотивы своего выбора⁷ следующим образом: «... Я стал писателем и общественным деятелем в результате поездки в Советский Союз — я освободился от сентиментальности, познал действительную жизнь... Советский Союз, бесспорно, является моим духовным отечеством, и любая угроза — это угроза лично мне и моему творчеству»⁸.

Заметим, что понятие «Отечество» применительно к ст. 59 Конституции РФ в период разработки проекта действующего Основного Закона России поощрялось далеко не всеми. Так, например, В.Б. Золотарев предлагал иную терминологическую конструкцию: «защита Российской Федерации»⁹.

Если остановить свое внимание на соотношении лексических значений слов «государство», «родина», «Отечество», то можно заметить некую разницу, которая в данном случае будет иметь принципиальное значение. Государство представляет собой организацию политической власти, необходимую для выполнения как сугубо классовых задач, так и общих дел, вытекающих из природы всякого общества¹⁰.

Небольшой языковой эксперимент, связанный с сочетательными возможностями слов «государство», «родина», «Отечество», позволяет обнаружить некоторую особенность. Можно говорить о буржуазном, демократическом, авторитарном, тоталитарном, полицейском, советском государстве и т. д. Практически такой же сочетательной возможностью обладает слово «страна». Но будет ли верным говорить о полицейском или буржуазном отечестве или родине? Конечно же, нет.

Отечество может быть там, где есть государство, но оно может быть и там, где его нет. Народ, лишенный государственности, не лишен своей родины. Становление государства не служит причиной появления отечества. С изменением наименования государства, его территориальных форм, политической организации власти гражданин уже новой страны не теряет своего Отечества. «Отечеством становится не такая общность, у которой наличествует социальная, политическая и культурная среда, а такая общность, у которой с социальным субъектом есть особая связь. Объем этой связи огромен: от ощущения принадлежности к этой общности до деятельности как по сохранению ее целостности, так и ее преобразованию и переходу в качественно новые состояния»¹¹.

Отечество представляет собой многогранную общественную величину с большими историческими корнями. Это не абстракция, а объективное социальное явление, представляющее собой огромный комплекс ценностей. Данное понятие характеризует и отражает важнейшие стороны общественной жизни, которые не покрываются другими категориями. «Отечество, — пишет М.В. Баглай, — относится к вечным ценностям, оно выражает связь каждого человека

с его предками и их делами, в нем олицетворение героической истории, культуры, духовности многонационального народа России»¹².

Гносеологический анализ данного понятия позволяет получить следующую картину. Первым составляющим Отечества выступает объективная реальность, среда, в рамках которой действует личность. Другое составляющее характеризует отражение в сознании субъекта его связи с социальной средой, систему ценностей, выступающую как важнейший мотив его деятельности. Таким образом, Отечество, существуя объективно, независимо от человеческого сознания и находясь в постоянной связи с личностью, имеет объективно-субъективную природу.

Анализ гл. 1 Конституции РФ позволяет определить ряд ценностей, входящих в понятие «Отечество», подлежащих защите. Так, например, в соответствии со ст. 2 ими являются человек, его права и свободы. Согласно ст. 4 такую ценность представляет суверенитет и территориальная целостность Российской Федерации. Кроме упомянутых элементов, в понятие «Отечество» входят и другие, которые также отражают содержание и суть родины, но которые в большей части упираются в индивидуальное домысливание каждым человеком того, что для него, помимо сказанного, является Отечеством, например, определенное достижение народа, такое, как сама Конституция.

Отечество — это не часть неодухотворенной природы, это непосредственно человеческая среда. Суть его заключается в том, что в данном случае идея соединяется с фактом, душа человека соединяется с обществом не в отвлеченной идее, а в действительном существовании. Только в Отечестве находит свое отражение преемственность исторических задач и, соответственно с этим, преемственность государственной политики.

Как представляется, именно наличие столь многогранной и ценностной характеристики Отечества послужило закреплению данного термина в Конституции РФ 1993 г., а также в предыдущих Конституциях страны.

В ч. 2 ст. 40 Федерального закона от 28 марта 1998 г. № 53-ФЗ «О воинской обязанности и военной службе» говорится о том, что гражданин Российской Федерации, принимая военную присягу, обязуется мужественно защищать свободу, независимость и конституционный строй России, народ и Отечество¹³. Все это, конечно, выглядит довольно убедительно и, на первый взгляд, не вызывает сомнений. Но, попробуем остановить внимание на соотношении «последнего» объекта защиты, указанного в ранее названном законе — «Отечество», с другими упомянутыми объектами защиты.

Свобода и независимость России, несомненно, имеют первостепенное значение для государства, для его жителей, но не будем забывать о том, что такое ценностно-насыщенное явление, как Отечество все это подразумевает. Предусматривая в Конституции положение, связанное с защитой Родины, законодатель явно не думал о том, что в последующем Отечество будет «делиться» на составные элементы, защиту которых придется обеспечивать по отдельности. Значимость Отечества заключается в единстве всех его составляющих. И когда агрессор непосредственно угрожает одному из составных элементов Родины, он угрожает всему Отечеству.

Конституционный строй — одно из центральных понятий конституционного права. В.И. Лучин определяет конституционный строй в качестве институциональной, структурированной системы общественных отношений, выражающих и обеспечивающих суверенитет народа, основные права и свободы человека и гражданина, определяющие принципы гражданского общества, тип и форму государства, организацию государственной власти и местное самоуправление¹⁴. Е.И. Козлова рассматривает конституционный строй как «определенный способ организации государства, закрепленный в его Конституции»¹⁵.

Выражение «защита конституционного строя» в Конституции РФ встречается единожды в ч.1 ст. 56: «В условиях чрезвычайного положения для обеспечения безопасности граждан и защиты конституционного строя в соответствии с федеральным законом могут устанавливаться отдельные ограничения прав и свобод с указанием пределов и срока их действия». Бесспорно, одной из важнейших структурных частей демократического и правового государства является институт защиты конституционного строя. В настоящее время в России данный институт не имеет целостного освещения, что может объясняться и сложностью анализируемого объ-

екта. А.А. Котенков говорил по этому поводу следующее: «У нас очень часто и в обиходах, и в наших законах фигурирует такое понятие, как защита конституционного строя, но никто никогда не мог объяснить, а что же это такое?»¹⁶; «... защита конституционного строя — очень расплывчатое понятие»¹⁷.

Сегодня защита конституционного строя может осуществляться судебными органами, определенными полномочиями в этой сфере обладают и иные органы государственной власти, а с учетом ч. 2 ст. 40 Федерального закона «О воинской обязанности и военной службе» защитником конституционного строя выступает каждый гражданин, призванный на военную службу, о котором, кстати, очень часто забывают авторы, исследующие конституционный строй в данном аспекте.

Рассмотрим соотношение деятельности гражданина Российской Федерации по защите конституционного строя России с его ролью защитника Отечества.

Понятие «защита Отечества» весьма объемно и содержательно по своей сути. Защиту Родины можно рассматривать в широком и узком смыслах. Широкий смысл может включать в себя следующее: укрепление военной и экономической мощи государства, развитие демократии, укрепление законности и правопорядка, создание систем международной безопасности, различные общественные программы, связанные с патриотическим воспитанием населения страны, вооруженная борьба с иноземными захватчиками и т.д. Узкий смысл защиты Отечества, конечно же, подразумевает, в первую очередь, вооруженную борьбу с внешними и внутренними врагами государства. Объектами защиты в обоих случаях могут выступать конституционный строй, суверенитет и целостность территории государства, материальные и духовные ценности общества, права и свободы человека и гражданина. Из основного назначения военной службы следует, что в данном случае речь идет о том, что военнослужащий не выполняет функций судебных и иных государственных органов, его деятельность сводится к обеспечению военной безопасности государства и всех его базовых элементов. Защищая конституционный строй Российской Федерации, он тем самым осуществляет не что иное, как защиту Отечества. Конституционный строй в данном случае выступает как составной элемент Отечества.

И, наконец, рассмотрим такой объект защиты военнослужащего, как «народ». Народ представляет собой население государства, жителей страны¹⁸. Невозможно говорить об Отечестве и не затрагивать народ, который является его составной частью. Разделяя все тяготы и успехи своей Родины, люди, которые составляли одну из ее основ, всегда находились в неразрывной связи с ней. И поэтому когда речь идет о защите Отечества, в первую очередь, должна подразумеваться защита народа.

Проведенное исследование дает возможность сформулировать определение понятия «Отечество». Отечество — это объективная действительность, реально существующее общественное явление, которое находится в постоянной и неразрывной связи с личностью, представляя собой некий ценностно-насыщенный организм, оно выступает определенной всеобъемлющей средой, связанной со всеми сферами жизни общества, где деятельность людей находит свое отражение в ее историческом развитии.

Необходимость защиты Отечества обусловлена, прежде всего, значимостью объекта защиты. Конституционная норма, закрепляющая такое положение, наглядно демонстрирует нам это, свидетельствует о том, что данное положение представляет собой один из первостепенных приоритетов Российского государства. Защищая свое Отечество, человек защищает самые великие и гуманные идеалы.

¹ См.: *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. М., 1986. С. 404.

² См.: *Иванова С.Ю.* Патриотизм в системе социокультурных ценностей современной России. Ставрополь, 2003. С. 91.

³ См.: Там же. С. 91.

⁴ См.: *Семакин А.С.* Конституционно-правовое регулирование военной службы в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 18–19.

⁵ См.: *Ильин И.А.* Путь к очевидности. Русская философия: Путь духовного обновления // Философия от античности до современности. М., 2003. С. 167.

⁶ См.: *Эбзеев Б.С.* Личность и государство в России: взаимная ответственность и конституционные обязанности. М., 2007. С. 203.

⁷ Заметим, что древнерусское «отъчество» означало не только отечество, но еще и избранную сторону. Это позволяет говорить о том, что еще в древности была заложена возможность выбора стороны, а с ней и

отечества. Подробнее об этом см.: *Черных П.Я.* Историко-этимологический словарь современного русского языка. М., 1999. Т. 1. С. 611.

⁸ См.: Литературное наследство. М., 1969. Т. 31. С. 55.

⁹ См.: Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. М., 1996. Т. 6. С. 380.

¹⁰ См.: Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. М., 2003. С. 51.

¹¹ *Макаров В.В.* Отечество и патриотизм. Саратов, 1988. С. 18.

¹² *Баглай М.В.* Конституционное право Российской Федерации. М., 2007. С. 312.

¹³ См.: СЗ РФ. 1998. № 13, ст. 1475.

¹⁴ См.: *Лучин В.О.* Конституция Российской Федерации. Проблемы реализации. М., 2002. С. 294–295.

¹⁵ *Козлова Е.И., Кутафин О.Е.* Конституционное право России: учебник. 3-е изд. М., 2004. С. 121.

¹⁶ Конституционное совещание. Стенограммы. Материалы. Документы. М., 1996. Т. 12. С. 12.

¹⁷ Там же. Т. 16. С. 66.

¹⁸ См.: *Ожегов С.И.* Указ. соч. С. 333.

М.Ю. Курдубанова

ОТСТАВКА КАК МЕРА КОНСТИТУЦИОННО-ПРАВОВОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ПРЕЗИДЕНТА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

Конституцией РФ закреплены следующие возможные способы досрочного прекращения полномочий главы Российского государства, т. е. до истечения конституционного срока, выражающиеся в принудительном лишении занимаемой государственной должности:

- 1) отставка президента;
- 2) стойкая неспособность президента по состоянию здоровья осуществлять принадлежащие ему полномочия;
- 3) отрешение от должности президента.

Отставка — уже не молодой институт, занявший свою нишу в правовой системе России. В юридической литературе институту отставки посвящено немало научных исследований¹. Этот термин употреблялся еще в дореволюционной России, начиная с XVIII в. Отставка рассматривалась, прежде всего, как увольнение по собственному желанию либо увольнение с государственной службы по решению компетентных органов.

Конституционно институт отставки нашел закрепление только с принятием Основного Закона страны в 1993 г. В советский период подобное правовое явление заменялось такими определениями, как «смещение с должности» либо как «освобождение от должности».

В Указе Президента Б.Н. Ельцина от 31 декабря 1999 г.² было прописано, что бремя полномочий Президента ровно в полночь, а именно с 12 ч 00 мин 31 декабря 1999 г. он передает Председателю Правительства РФ В.В. Путину. Президент Б.Н. Ельцин о своем решении добровольного ухода с государственного поста объявил во всеуслышание по телевидению в традиционном поздравлении главы государства в новогоднюю праздничную ночь с заявлением о назначении ответственного в период до выборов нового главы. Таким образом, с 31 декабря 1999 г. В.В. Путин приступил к временному исполнению обязанностей Президента РФ. Указом от 31 декабря 1999 г. № 1762 с 12 ч 00 мин 31 декабря 1999 г. он подтвердил начало своих временных обязанностей. Отставка Президента РФ — важное, переломное событие для жизни общества и государства. Президент Б.Н. Ельцин, объявляя о своем уходе, произнес торжественную речь перед жителями страны, исполнив таким образом свое обязательство, потому как выбирал его своим представителем каждый отдельный житель и во всеуслышание было заявлено об уходе. В науке можно встретить мнение³ о том, чтобы закрепить процедуру ухода с поста главы государства, подобно процедуре принесения присяги, необходимо установить юридическую форму для документа, оформляющего отставку. Как известно, Президент РФ согласно ч. 2 ст. 82 Конституции РФ приносит присягу в торжественной обстановке в присутствии членов Совета Федерации, депутатов Государственной Думы и судей Конституционного Суда РФ.

© М.Ю. Курдубанова, 2009

Аспирант кафедры конституционного и международного права Саратовской государственной академии права.

Высказывается мнение, что прямым нормативным правовым актом, оформляющим отставку Президента РФ, будет постановление Совета Федерации Федерального Собрания РФ, состоящее, как минимум из двух пунктов. В первом должен быть решен вопрос о принятии отставки, во втором – о назначении внеочередных выборов нового Президента РФ⁴.

По нашему мнению, закрепление подобного положения лишь усложнит процесс отставки. Необходимо будет внести поправки в Конституцию РФ, что само по себе затруднительно, а принятие закона, вобравшего в себя нюансы самого механизма соблюдения правил не целесообразно. Полная регламентация процедуры отставки Президента России, даже не закрепленная на законодательном уровне, не может навредить стабильности государственной власти.

В советском энциклопедическом словаре⁵ термин «отставка» в широком смысле употребляется как всякое увольнение из государственной службы. В практике многих государств отставка правительства или главы исполнительной власти понималась как сложение указанными лицами своих полномочий в связи с вынесением правительству вотума недоверия или порицания, вызванного внутренними разногласиями в правительстве. Следует обратить внимание, что о добровольности речь не ведется.

Было бы неправильным оставить без внимания возможность Президента РФ подать в отставку заблаговременно до окончания срока пребывания в должности, не заявив конкретной даты своего ухода. Процедура подобного ухода не прописана в Конституции. На наш взгляд, такой возможности для Президента РФ не предоставляется, что, несомненно, очень верно. Кроме граждан страны, заявление о предстоящем уходе будет известно и зарубежным государствам, что, тоже, вне всякого сомнения, гарантии незыблемости внутренней стабильности не добавляет, а скорее наоборот.

Вытекающим моментом из возможности загодя объявить об отставке, может быть желание Президента отозвать свое заявление об уходе. В литературе освещался подобный вариант развития событий, причем, в таком ключе, что уход с поста заявившего об отставке Президента должен носить бесповоротный характер. Мы разделяем данную позицию, т. к. Президент РФ наделен Конституцией РФ обширными правами и фактически управляет сложным механизмом взаимодействия властей, и исходя из моральных соображений, он не имеет права допускать нерешительность, колебания, «играть» такими глобальными вопросами, как стабильность государства, менять свое решение. Нельзя забывать и о стабильности отношений с иностранными государствами. Такие манипуляции могут деструктивно отразиться на обстановке на международной арене.

На наш взгляд, было бы не совсем корректно поднимать вопрос о том, что возможна ситуация, при которой кто-либо может принимать отставку главы государства, тем более, что конституционно это не закреплено. «Если исходить из обратного, то тот орган государственной власти, который будет вправе принять отставку главы государства, может и отклонить, не принять ее. Модель конституционно правового статуса российского Президента такова, что нет никаких предпосылок для того, чтобы какой-либо из органов государственной власти рассматривался в таком качестве. К тому же Конституция РФ не предусматривает даже символического участия палат Федерального Собрания в процедуре отставки Президента РФ»⁶.

При осуществлении досрочных выборов лицо, находившееся в должности Президента РФ и в указанных случаях прекратившее осуществление полномочий досрочно, не может в силу причин, послуживших основанием для назначения досрочных выборов, принимать в них участие и на это следует обратить внимание. Процедура досрочных выборов оговорена законодателем.

Итак, отставку главы государства следует понимать как меру конституционно-правовой ответственности, выраженную в добровольном уходе лица с занимаемой государственной должности до окончания срока ее исполнения в качестве права Президента на досрочное прекращение своих полномочий.

⁴ См.: *Колбая С.Г.* Срок полномочий Президента: конституционно-правовое регулирование: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005; *Кильдина Г.С.* Институт отставки в постсоветском праве: вопросы теории и практики: дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2003; *Нестерова Т.А.* Правовое регулирование трудовых отношений при прохождении службы в прокуратуре как в особом классе федеральной государственной службы в России: дис. ... канд. юрид. наук. Пермь, 1999; *Холодова Е.В.* Правовое регулирование труда государственных служащих: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1995.

² Правовая база – Гарант 2004 (дата обращения: 28.12.2008).

³ См.: Колбая С.Г. Указ. соч.; Кильдина Г.С. Указ. соч. С. 15.

⁴ См.: Там же.

⁵ См.: Колбая С.Г. Указ. соч. С. 16.

⁶ Там же.

Л.В. Пирожкова

КОНСТИТУЦИИ И УСТАВЫ РОССИЙСКИХ СУБЪЕКТОВ КАК ИСТОЧНИК КОНСТИТУЦИОННОГО ПРАВА

В системе региональных источников конституционного права особое место занимают конституции (в республике) и уставы (в других субъектах), обладающие высшей юридической силой по отношению ко всем другим актам регионального уровня и являющиеся документами учредительного характера. Они составляют юридическую основу всего законодательства российских субъектов и представляют собой первичные конституционно-правовые акты, в которых закрепляются основы государственного и общественного строя субъектов, система региональных органов власти, порядок их формирования и деятельности, их взаимоотношения с населением и вышестоящими институтами государственной власти.

По смыслу Конституции РФ (ч. 1 ст. 66) статус республик определяется федеральной Конституцией и Конституцией данного субъекта, статус других субъектов — федеральной Конституцией и их уставами. Следует согласиться с М.И. Клеандровым, что, определяя и закрепляя принципы организации и деятельности субъектов России, а также их статус, конституция и устав устанавливают границы и потенциальные возможности правотворческой деятельности субъектов Федерации, их политико-юридическую способность создавать и обеспечивать реализацию местных (региональных) нормативно-правовых актов¹.

Таким образом, и уставы, и конституции субъектов имеют одно и то же назначение, регулируют сходные виды правоотношений, подлежат одинаковой государственно-правовой защите.

Конституции республик и уставы других субъектов, являясь частью правовой системы Российской Федерации, не могут противоречить ее Конституции. Вместе с тем в своих основных законах субъекты Федерации, естественно, могут и должны учитывать имеющиеся специфические особенности их территорий, национальный и социокультурный состав проживающего на них населения.

По утверждению М.Н. Марченко, уставы и конституции субъектов однотипны по своей природе и характеру, в связи с чем имеют весьма сходные объекты правового регулирования, в число которых входят отношения гражданина и власти, предметов ведения и полномочий субъектов Федерации и его отдельных государственных органов, отношений собственности, права и свободы граждан и др.² Действительно, в этом нетрудно убедиться, ознакомившись с текстами подобных основных законов.

Однако, на наш взгляд, говорить об идентичности данных актов представляется не совсем правильным.

Возникает вопрос о соотношении двух правовых актов: «конституция» и «устав», который носит не только терминологический характер. Статьи 66, 72, 73, ч. 2 и 4 ст. 76, ст. 77 федеральной Конституции устанавливают общие параметры этих учредительных актов; ч. 2 ст. 5 Конституции РФ определяет республику как государство; основная норма (ст. 68) предоставляет республикам право на государственный язык. Следовательно, предмет конституционного регулирования не полностью совпадает с предметом уставного регулирования. Конституция РФ в ч. 2 ст. 66 четко определяет, что устав принимается только законодательным (представительным) органом государственной власти соответствующего субъекта и оставляет в ч. 1 этой статьи открытым

© Л.В. Пирожкова, 2009

Соискатель Поволжской академии государственной службы им. П.А. Столыпина.

вопрос о порядке принятия конституций республик, соответственно, они могут быть приняты и на референдуме. Косвенное подтверждение этому можно найти и в п. «а» ч. 1 ст. 5 Федерального закона «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»³. Теоретически возможно привести различия в легитимности этих нормативно-правовых актов.

Как отмечает И.А. Умнова, суть новой конституционной формулы федеративного устройства выразилась в попытке минимизации различий в статусе субъектов Федерации, исходя из общего принципа равноправия с сохранением при этом их прежней государственно-правовой природы⁴. Однако указанная основа государственного устройства России реализована весьма непоследовательно, что позволяет определить отечественную федерацию в качестве асимметричной⁵. Равноправие субъектов РФ проявляется в распространении положений ст. 72 Конституции на всех членов Федерации, в равном представительстве органов государственной власти субъектов в Совете Федерации, в одинаковых (равных) возможностях участия в федеральном законодательном процессе, процессе принятия конституционных поправок и т.д.

Наличие правовых различий между конституциями и уставами подчеркивает В.В. Гошуляк, отмечая, что традиционной юридической наукой трактуется конституция как основной закон, устанавливающий основы государственного устройства, в то время как устав рассматривается преимущественно как свод правил, призванный регулировать определенный вид деятельности⁶.

В ст. 5 Конституции РФ закрепляется равноправие субъектов Федерации вне зависимости от их наименования, территориальных размеров, численности населения и других факторов. В то же время основная норма (ст. 5) закрепляет определенные различия между субъектами РФ. Так, республики она относит к государствам, тогда как остальные субъекты РФ выступают в качестве квазигосударственных образований, или наличие, например, у первых конституций и республиканского гражданства (ныне на общероссийском уровне оно не признается), у вторых — лишь уставов. При анализе этого вопроса следует различать два понятия — равенство и равноправие. Конституция исходит из понятия равноправия субъектов, а не равенства, т.е. признает фактическое неравенство членов существующей в настоящее время Федерации⁷.

Выделяются типичные признаки конституционного (уставного) правотворчества субъектов Федерации. Все конституции и уставы за некоторым исключением принимаются региональными законодательными органами государственной власти, в то время как путем референдума приняты только конституции ряда республик, таких как Татарстан, Ингушетия и некоторых других. Конституции Дагестана, Мордовии, Калмыкии были приняты специальным органом — Конституционным Собранием.

Конституции республик и уставы субъектов РФ имеют высшую юридическую силу на территории своего региона в рамках собственных предметов ведения, гарантированных на общероссийском уровне. В некоторых из этих основных законов указывается также и их «прямое действие». Например, ч. 3 ст. 9 Устава г. Москвы гласит: «Устав имеет прямое действие и применяется на всей территории Москвы»⁸. Аналогичные положения содержатся в конституциях Бурятии (ст. 11), Ингушетии (ст. 7), Республики Коми (ст. 7).

Учредительная власть субъекта РФ проявляется в праве самостоятельно вносить изменения и дополнения в учредительные документы, процедура внесения которых различна в разных субъектах РФ. Конституции республик изменяются либо парламентом республики (Ингушетия, Коми), либо специально созданным органом, таким как Конституционное Собрание в Бурятии и Дагестане, либо референдумом (Мордовия, Удмуртия). В некоторых республиках предусматривается народная законодательная инициатива. Так, в Тыве с предложением об изменении Основного Закона республики может выступить группа избирателей численностью не менее 1 тыс. чел., в Ингушетии — не менее 10 тыс., в Удмуртии — не менее 50 тыс. Решение о необходимости изменения (дополнения) Конституции практически во всех республиках принимается квалифицированным большинством, как правило, в 2/3 голосов членов парламента. Особыми процедурами сопровождается изменение разделов, закрепляющих основы конституционного строя, правовой статус личности и процедуру принятия и изменения Конституции. Так, например, согласно Конституции Удмуртии, поправки в «обычные» главы вносятся 2/3 депутатов парламента, либо более 1/2 граждан на референдуме; поправки в «особые» главы (2 и 3) — 3/4 депутатов парламента, либо 2/3 голосов граждан на референдуме⁹.

Порядок изменения уставов областей (краев) и других субъектов несколько проще. Специальный орган для изменения устава не создается. Поправки в устав могут вноситься не только квалифицированным, но и простым большинством депутатов парламента, как, например, в Москве, Тюменской области. Таким образом, становится очевидным, что процедура изменения основных законов в республиках более сложная, но и более демократичная (референдум, народная инициатива), чем в областях или краях.

С.Л. Сергеев и Р.А. Ромашов отмечают наличие проблемы в определении места основополагающего нормативного правового акта региона — конституции или устава субъекта в правовой системе субъекта, отмечая, что это могло бы получить легальное разрешение в федеральном законе от 6 октября 1999 г. «Об общих принципах организации законодательных (представительных) и исполнительных органов государственной власти субъектов Российской Федерации»¹⁰. С этим трудно не согласиться, т.к. в указанном Законе отсутствует упоминание об этом¹¹.

Принимаемые субъектами РФ учредительные документы не должны противоречить федеральной Конституции. В большинстве субъектов РФ, которые ориентируются на положения федеральной Конституции и признают ее верховенство, это требование соблюдается. Так, ст. 4 Устава Белгородской области гласит: «На территории области все граждане и их объединения, органы государственной власти, органы местного самоуправления, должностные лица обязаны соблюдать Конституцию Российской Федерации, федеральные законы, настоящий Устав, а также законы и другие нормативные акты области...»¹². Некоторые республики также закрепляют принцип верховенства федеральной Конституции. Об этом упоминается в конституциях Удмуртии (ст. 7), Бурятии (ст. 11), Калмыкии (ст. 1), Карелии (ст. 2).

Другие республики, например Ингушетия, признают законы и иные нормативно-правовые акты РФ правомерными на ее территории, если они не противоречат суверенным правам Республики (ч. 2 ст. 7 Конституции Ингушетии). Часть республик вообще не упоминают о Конституции РФ или о соотношении конституций субъекта и Федерации. К их числу относятся: Дагестан, Северная Осетия-Алания, Татарстан, Чечня.

Очевидно, что области, края, автономные округа более последовательны в признании верховенства федеральной Конституции, нежели республики¹³.

В анализируемых основных законах также затрагиваются проблемы суверенитета, сецессии и международной правосубъектности, которые тесно взаимосвязаны.

Конституция России, в отличие от Федеративного договора 1992 г., прямо не закрепляет государственный суверенитет российских республик, но ст. 5 (п. 2) наделяет последних статусом государств. А государственный суверенитет — неотъемлемый атрибут любого государства. Отсюда вытекает и положение ст. 1 Конституции Татарстана, гласящее: «Государственный суверенитет есть неотъемлемое качественное состояние Республики Татарстан»¹⁴.

Неопределенность федеральной Конституции по вопросу о государственном суверенитете республик породила различные точки зрения. Одни государствоведы, например М.С. Саликов, Ф.Х. Мухаметшин, Ф.М. Раянов считают, что республика обладает суверенитетом¹⁵. В научной литературе до сих пор используется также концепция «ограниченного суверенитета», «разделенного суверенитета» субъектов Федерации и т.п., хотя концепция «ограниченного суверенитета» республики в составе Федерации досталась нам в наследство от советского государственного права¹⁶. Другие российские государствоведы, например, К.Ф. Шеремет, Д.Л. Златопольский отрицают наличие государственного суверенитета у субъектов Федерации¹⁷.

Конституционный Суд РФ, отрицая суверенитет субъектов России, сформулировал по этому поводу принципиальную правовую позицию¹⁸.

Проблемы суверенитета связаны, во-первых, с отождествлением его с компетенцией, объемом каких-либо государственно-властных полномочий, в результате чего возникла теория «наполнения суверенитета» определенным объемом прав; во-вторых, с наличием различных значений понятия «суверенитет» — государственный, национальный, народный.

С категорией «государственный суверенитет» тесно связаны вопросы международной правосубъектности и сецессии. В Российской Федерации ни Конституция, ни законодательство не отвечают прямо на вопрос: являются ли субъекты Федерации субъектами международного права, обладают ли они международной правосубъектностью?

В то же время федеральная Конституция основывается на признании международной деятельности российских субъектов, но не конкретизирует формы этой деятельности. В этом вопросе следует исходить из положения п. «о» ст. 72 Конституции России, относящей к совместному ведению Федерации и ее субъектов координацию международных и внешнеэкономических связей субъектов РФ. Основные принципы и положения международного права также не содержат нормы, которые давали бы решение вопроса о международно-правовом статусе политико-территориальных образований, являющихся составными частями федеративного государства, не провозглашая международную правосубъектность таких образований. Однако международное право вместе с тем подобный суверенитет и не отрицает¹⁹.

Так, например, конституции Татарстана, Башкортостана наделяют республики международной правосубъектностью, используя категорию «субъект международного права».

Анализируя учредительные документы российских субъектов, можно заметить, что республики закрепляют за собой больше полномочий в сфере международных отношений, нежели другие регионы России.

Что касается права на сецессию, т.е. выхода из состава государства какой-либо его части, оно юридически не предусмотрено ни в одной из современных Федераций, поскольку это не только подавляет целостность и стабильность федеративного государства, но и противоречит интересам других субъектов (частей) Федерации.

Конституция РФ 1993 г. сецессию не допускает. Субъекты России также не предусматривают такое право. В современном мире это общепризнанное императивное правило-норма, которое является залогом политической стабильности и существующего миропорядка.

¹ См.: *Клеандров М.И.* О методологии законодательства субъектов Российской Федерации // Актуальные проблемы государства и права на рубеже веков. Владивосток, 1998. С. 76–80.

² См.: *Марченко М.Н.* Источники права. М., 2005. С. 233–243.

³ См.: СЗ РФ. 1999. № 42, ст. 5005; 2002. № 30, ст. 3024; № 50, ст. 4930.

⁴ См.: *Умнова И.А.* Конституционные основы современного российского федерализма. М., 1998. С. 143.

⁵ См., например: *Чиркин В.Е.* Конституционное право: Россия и зарубежный опыт. М., 1998; *Эбзеев Б.С., Карапетян Л.М.* Российский федерализм: равноправие и асимметрия конституционного статуса субъектов // Государство и право. 1995. № 3; *Румянцев О.Г.* Основы конституционного строя России (понятие, содержание, вопросы становления). М., 1994; *Лысенко В.Н.* Развитие федерации и Конституция России. (Конституционные изменения как назревшая потребность развития федеративных отношений) // Государство и право. 1997. № 8; *Золотарева М.В.* Асимметрия в федеративном устройстве России // Вестник Московского ун-та. Сер. 1. Право. 1991. № 1; Асимметричность Федерации / под ред. А.А. Захарова. М., 1997.

⁶ См.: *Гошуляк В.В.* Теоретико-правовые проблемы конституционного и уставного законодательства субъектов Российской Федерации: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. С. 45.

⁷ См.: *Сенякин И.Н.* Федерализм и развитие российского законодательства // Правоведение. 1996. № 3. С. 47–53.

⁸ См.: Устав города Москвы от 28 июня 1995 г. с изм. от 15 февраля 2006 г. // Москва. Столичные власти. 2006. 15 февр.

⁹ См.: Конституция Удмуртии от 7 декабря 1994 г. (с посл. изм. от 11 мая 1995 г., 9 января 1998 г., 24 января 2000 г., 26 марта 2000 г., 18 апреля 2000 г., 18 апреля 2000 г., 28 ноября 2000 г., 28 ноября 2000 г.) // Конституции и Уставы субъектов Российской Федерации. М., 2005. С. 54–65.

¹⁰ См.: *Сергеевнин С.Л., Ромашов Р.А.* Региональное законодательство в современной России: проблемы теоретического моделирования и практического воплощения // Правоведение 2003. № 2. С. 57–61.

¹¹ См.: СЗ РФ. 1999. № 42, ст. 5005; 2002. № 30, ст. 3024; № 50, ст. 4930.

¹² Устав Белгородской области от 31 декабря 2003 г. № 108 «Устав Белгородской области» (принят областной Думой 24 декабря 2003 г.) (с изм. от 7 декабря 2004 г.) // Конституции и Уставы субъектов Российской Федерации. С. 102–115.

¹³ См.: *Авакьян С.А.* Конституционное право России. М., 2006. Т. 1; *Зорькин В.Д.* Россия и Конституция в XXI веке. М., 2007; *Станкин А.Н.* Верховенство федерального закона в Российской Федерации: конституционные вопросы: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2007.

¹⁴ Конституция Республики Татарстан от 6 ноября 1992 г. (с изм. от 30 ноября 1994 г., 30 марта 1995 г., 8 декабря 1995 г., 27 ноября 1996 г., 26 мая 1999 г. и 21 июля 1999 г.) // Конституции и Уставы субъектов Российской Федерации. С. 79–88.

¹⁵ См.: Государственное устройство Российской Федерации / отв. ред. М.И. Кукушкин. Екатеринбург, 1993. С. 37; *Мухаметшин Ф.Х.* Российский федерализм: проблемы формирования отношений нового типа // Государство и право. 1994. № 3. С. 54; Проблемы конституционного развития суверенной республики. Уфа, 1992. С. 110.

¹⁶ См.: *Шевцов В.С.* Суверенитет Советского государства. М., 1972. С. 24.

¹⁷ См.: Международная конференция «Конституционные проблемы федерализма и регионализма» // Государство и право. 1994. № 3. С. 146, 148.

¹⁸ См.: Определение Конституционного Суда РФ от 27 июня 2000 г. № 92-О // СЗ РФ. 2000. № 29, ст. 3117.

¹⁹ См.: Международное право / отв. ред. Г.В. Игнатенко. М., 1995. С. 70; *Лукашук И.И.* Международное право. Общая часть. М., 1996. С. 128; Международное право / под ред. Г.И. Тункина. М., 1994. С. 59.

ПУБЛИЧНЫЕ ИНТЕРЕСЫ КАК ОСНОВА МЕХАНИЗМА ЗАЩИТЫ ПРАВ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИХ

Годом семьи объявлен 2008 г.¹, что свидетельствует о повышенном внимании государства и общества к проблемам подрастающего поколения.

К вопросам защиты прав несовершеннолетних в различных аспектах обращались В.И. Абрамов, Ю.Ф. Беспалов, Н.Е. Борисова, Ю.А. Дмитриев, В.Д. Ермаков, Н.М. Ершова, О.Ю. Ильина, Э.Б. Мельникова, Л.Ю. Михеева, М.В. Немытина, А.М. Нечаева, И.Н. Туктарова² и др. Однако специальных исследований по вопросам взаимодействия государственных органов и общественных объединений в механизме защиты прав несовершеннолетних не проводилось.

Конституция РФ закрепила обязанность государства по защите прав и свобод человека, обеспечиваемую механизмом защиты прав, который включает в себя различные формы защиты прав.

В зависимости от вида и характера органов, организаций, учреждений, от того, как связаны формы их деятельности с государством или обществом формы защиты прав можно классифицировать следующим образом:

международные (межгосударственные и неправительственные) и внутригосударственные (внесудебные и судебные);
государственные;
общественные.

Традиционно под формой защиты права признается регламентированный правом комплекс особых процедур, осуществляемых правоприменительными органами и самим управомоченным лицом в рамках правозащитного процесса и направленных на восстановление (подтверждение) нарушенного (оспоренного) права³.

Конституция РФ в качестве *форм защиты* прав и свобод человека закрепила: государственную защиту, которая является обязанностью (ст. 2) и гарантируется (ч. 1 ст. 45) государством, осуществляется на федеральном уровне и уровне субъектов Федерации; защиту прав и свобод органами местного самоуправления (ст. 130); защиту прав и свобод общественными объединениями и профессиональными союзами, правозащитными организациями (ч. 1 ст. 30, ч. 2 ст. 45, ч. 1 ст. 48); самозащиту прав гражданина, включающую гражданско-правовую и уголовно-правовую защиту (ч. 2. ст. 45, ст. 52 и другие), публичные выступления граждан (ст. 31), обращения в средства массовой информации (ст. 29); международно-правовую защиту (ч.3 ст. 46).

Из перечисленных форм защиты учеными выделяется государственная защита прав и свобод, включающая в себя деятельность всех ветвей государственной власти — законодательной, исполнительной, судебной. Каждая из них, действуя самостоятельно, должна в то же время направлять свои усилия на то, чтобы представленные гражданам права и свободы не оставались пустой декларацией, а были предоставлены и защищены на деле. Такое понимание прямо «вытекает из установленного ст. 18 Конституции РФ положения о том, что права и свободы человека и гражданина определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием»⁴.

Государственная защита прав и свобод человека и гражданина выступает главной формой конституционного механизма защиты⁵, к которой, по мнению В.Т. Кабышева, относятся: конституционно-судебный механизм (деятельность Конституционного Суда); судебная система (деятельность судов общей юрисдикции по защите прав и свобод человека); деятельность органов исполнительной власти по защите прав человека; законодательная деятельность представительных органов государственной власти Российской Федерации, а также ее субъ-

© Н.П. Новикова, 2009

Адъюнкт кафедры конституционного и международного права Саратовского юридического института МВД России.

ектов; юрисдикционная роль института Президента в России как конституционного гаранта прав и свобод человека и гражданина; деятельность Уполномоченного по правам человека⁶. Помимо перечисленных органов, сюда можно отнести: Прокуратуру РФ, которая не входит в систему законодательной, исполнительной и судебной власти и действует независимо; Уполномоченного по правам ребенка, действующего в некоторых субъектах РФ.

Государственная защита прав и свобод предусматривает ряд условий, в которых она может быть реализована: законодательное закрепление прав и свобод; обеспечение их экономическими, политическими и иными гарантиями; наличие у государства особого механизма защиты прав личности⁷.

Государственную защиту прав и свобод личности называют основной, ведущей в системе форм защиты субъективного права, что определяется следующими факторами:

государство располагает системой органов, которые обязаны осуществлять деятельность по защите прав и свобод;

государство имеет в своем распоряжении набор эффективных средств не только для защиты и восстановления нарушенных прав, но и для недопущения подобных нарушений;

только акт государственного органа обладает необходимой обязательной силой в отношении всех иных актов;

государство располагает аппаратом принуждения с целью привлечения виновных в нарушении прав и свобод личности к ответственности⁸.

По мнению А.А. Чеснокова, «существуют смешанные формы защиты, включающие наряду с деятельностью государственных органов активное поведение граждан, общественных организаций, органов местного самоуправления»⁹.

На наш взгляд, в данном случае речь идет не о специфической форме защиты прав, а о конституционном механизме защиты права в целом, т.к. в данном случае в процесс защиты будут вовлечены различные субъекты защиты¹⁰.

Данная позиция исходит из основополагающего начала и организующего характера Конституции РФ, которая «мобилизует правозащитный потенциал всех отраслей права, активизируя весь процесс защиты прав и свобод человека и вовлекая в него все институты общества и субъекты права, в том числе и международные»¹¹.

Особенность защиты прав несовершеннолетних состоит в том, что они не всегда могут самостоятельно реализовать право на защиту. Семейное законодательство к числу лиц, обязанных защищать права несовершеннолетних, относит родителей либо заменяющих их лиц. В случае, если их нет или они не исполняют своих обязанностей, защита прав несовершеннолетних возлагается на органы опеки и попечительства, т.е. органы местного самоуправления, чья деятельность регламентируется уставами (положениями) муниципальных образований данного региона. Несовершеннолетний может самостоятельно обратиться за защитой своих прав в органы опеки и попечительства, а при достижении 14-летнего возраста в суд с иском (заявлением, жалобой). По усмотрению суда в последнем случае могут быть привлечены законные представители ребенка.

Помимо указанных способов защиты своих прав, несовершеннолетний без возрастных ограничений может самостоятельно обратиться с жалобой к Уполномоченному по правам ребенка¹². С заявлением о преступлении, например, в органы внутренних дел несовершеннолетний может обратиться самостоятельно при достижении 16-летнего возраста. Данное правило вытекает из ст. 306 Уголовного кодекса РФ. При подаче заявления лицо предупреждается об уголовной ответственности за заведомо ложный донос. За совершение данного преступления лицо привлекается, если оно вменяемо и достигло 16 лет. Поэтому заявление о преступлении от лиц моложе 16 лет не принимаются.

Таким образом, самостоятельная реализация права за защиту несовершеннолетним находится в зависимости от отраслевой правосубъектности (конституционной, гражданской, семейной, трудовой).

В настоящее время механизм защиты прав несовершеннолетнего представляет собой многоуровневую систему, которая при оптимальном сочетании и взаимодействии может достаточно полно защищать права подрастающего поколения. Исходя из содержания ст. 72

Конституции РФ, защита прав и свобод человека и гражданина (п. «б»), защита семьи, материнства, отцовства и детства (п. «ж») находятся в совместном ведении Российской Федерации и субъектов Федерации, можно говорить об особенностях структуры механизма защиты прав детей в субъектах РФ. Внутригосударственная система защиты прав несовершеннолетних формируется как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов Федерации, в нее вовлечены органы местного самоуправления. Таким образом, можно выделить уровни защиты прав несовершеннолетних, соответствующие уровням власти (федеральный и субъектов Федерации) и местному самоуправлению¹³.

В литературе при обсуждении вопроса о необходимости соблюдения последовательности в процессе защиты прав несовершеннолетних выделяется четыре ступени защиты прав: *первая ступень* — социализация несовершеннолетних; *вторая ступень* — предупреждение совершения правонарушений несовершеннолетними, в отношении них, преодоление последствий, наступивших в результате совершенного правонарушения гражданско-правовыми средствами; *третья ступень* — судебное рассмотрение уголовных дел в отношении несовершеннолетних; *четвертая ступень* — исполнение наказаний, вынесенных судами в отношении этой категории лиц¹⁴.

Ко второй ступени, помимо указанных обстоятельств, мы относим рассмотрение дел в гражданском судопроизводстве (например, лишение родительских прав, взыскание алиментов, имущественные споры с участием несовершеннолетних и других), т.к. данная категория дел напрямую связана с важнейшими сферами жизни детей. От решения суда будет напрямую зависеть, как реализуются права несовершеннолетнего, какими будут условия для существования.

Говоря о системе защиты прав несовершеннолетних, выделяют «десять подсистем, которые условно делятся на три группы:

в соответствии с принципом разделения властей: законодательство, деятельность органов исполнительной власти и судебная защита;

по распределению компетенции по уровням: федеральный, субъектов Федерации и местного самоуправления;

по последовательности защиты прав: социализация несовершеннолетних, профилактика правонарушений, судебное разбирательство по уголовным делам, исполнение наказаний»¹⁵.

Предлагаемый системный подход к защите прав несовершеннолетних может способствовать социально ориентированной политике государства, содержащей комплекс мер правового, экономического и идеологического характера¹⁶.

Ученые, практические работники все чаще говорят о том, что достижение положительных результатов в сфере защиты прав несовершеннолетних напрямую зависит от того, насколько своевременно и качественно сработает система защиты прав, начиная с уровня местного самоуправления и заканчивая федеральным. Говорится также и о том, что необходимо вовлекать в данную систему институты гражданского общества, т.к. «сегодня государство не может полностью реализовать свою главную конституционную обязанность — защищать права и свободы личности. Это связано, прежде всего, с рядом факторов политического, социально-экономического, психологического и правового характера»¹⁷.

Государство признает возможность участия институтов общества в политической, социальной жизни страны. Об этом свидетельствует учреждение Общественной палаты РФ, которая призвана обеспечить взаимодействие граждан Российской Федерации и органов государственной власти в целях учета потребностей и интересов граждан Российской Федерации, защиты их прав и свобод, прав общественных объединений при формировании и реализации государственной политики, а также общественный контроль за деятельностью федеральных органов исполнительной власти, органов исполнительной власти субъектов РФ и органов местного самоуправления.

Тем не менее, потенциал самих общественных объединений в сфере защиты прав детей еще не исчерпан. Данная форма защиты осуществляется параллельно государственной защите прав человека и гражданина, хотя в некоторых случаях, отстаивая права граждан, правозащитные организации возражают против решений государственных органов. Отметим, что названные

структуры призваны не подменять органы государства при защите прав несовершеннолетних, а дополнять государственную защиту, увеличивая эффективность благодаря комплексному применению различных ее форм.

Анализ законодательства позволяет сделать вывод о том, что при осуществлении своих полномочий государственные органы вправе взаимодействовать с общественными объединениями. Так, при Президенте РФ действовал Совет по содействию институтам гражданского общества¹⁸. При реализации своей деятельности с общественными организациями могут взаимодействовать Комиссии по делам несовершеннолетних и защите их прав¹⁹, Уполномоченный по правам ребенка в субъектах РФ (например, Закон Самарской области «Об уполномоченном по правам ребенка»). Попытки найти в нормативно-правовых актах нормы, закрепляющие формы взаимодействия названных государственных органов и общественных объединений, не увенчались успехом. В качестве примера взаимодействия из практической деятельности можно привести следующее: оказание консультационной помощи (психологической, правовой); обращение государственных органов к благотворительным организациям с просьбой оказания материальной поддержки отдельным семьям, имеющим детей²⁰; проведение совместных научно-практических конференций; проведение обучающих программ с несовершеннолетними на базе общеобразовательных учреждений по правовым дисциплинам и др.

В своей деятельности рассматриваемые субъекты защиты должны руководствоваться как общеправовыми принципами (приоритет прав и свобод человека и гражданина; гуманности, законности, равенства прав и т.д.), так и специальными.

Анализ законодательства и правоприменительной практики позволяет сформулировать принципы взаимодействия государственных органов и институтов общества в сфере защиты прав несовершеннолетних, при соблюдении которых может быть достигнут положительный результат.

Принцип преимущественной защиты прав несовершеннолетнего. При разрешении спора в каком-либо правоотношении права несовершеннолетнего обладают преимущественной защитой и требуют совместных усилий институтов государства и общества.

Принцип последовательности защиты. Комплекс мероприятий, включающий взаимные действия рассматриваемых субъектов защиты, должен активизироваться на первоначальной стадии, когда еще нарушение права фактически не было, например, в сфере профилактики совершения правонарушений несовершеннолетними и преступлений в отношении них.

Принцип партнерства. Действия рассматриваемых субъектов защиты осуществляются согласованно при четком распределении полномочий с целью исключения дублирования в работе.

Таким образом, учитывая широкий круг правоотношений, участниками которых могут быть несовершеннолетние, их положение в современной России затрагивает интересы не только личного (частного), но и публичного²¹ (государственно-общественного) характера. Конституционный механизм защиты их прав должен включать в себя совокупность всех форм защиты права как на федеральном уровне, так и на уровне субъектов Федерации, местного самоуправления.

¹ См.: Указ Президент РФ от 14 июня 2007 г. № 761 «О проведении в Российской Федерации Года семьи» // СЗ РФ. 2007. № 25, ст. 3009.

² См.: *Абрамов В.И.* Правовая политика современной России в сфере прав ребенка // Современное право. 2004. № 11; Правовая политика современного Российского государства в области защиты прав детей // Государство и право. 2004. № 8; Механизм защиты прав ребенка в России // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2006. № 2. С. 22–30; Правовой статус ребенка // Современное право. 2005. № 9. С. 18–20; *Беспалов Ю.Ф.* Защита прав несовершеннолетних // Российская юстиция. 1997. С. 12; Усыновление как способ судебной защиты прав ребенка // Российская юстиция. 1997. № 1; *Борисова Н.Е.* Проблема возрастных ограничений в российском законодательстве // Государство и право. 1999. № 11. С. 25–30; Конституционные основы правового положения несовершеннолетних в Российской Федерации (проблемы теории и практики): автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004; *Дмитриев Ю.А.* Проблема возрастных ограничений в российском законодательстве // Государство и право. 1999. № 11. С. 25–30; *Ермаков В.Д.* Юстиция обязана защищать права и законные интересы несовершеннолетних // Российская юстиция. 2000. № 10. С. 22–23; *Ершова Н.М.* Охрана прав несовершеннолетних по советскому и семейному праву. М., 1965; *Ильина О.Ю.* Интересы ребенка в семейном праве Российской Федерации. М., 2006; *Мельникова Э.Б.* Ювенальная юстиция: Проблемы уголовного права, уголовного процесса и криминологии: учебное пособие. 2-е изд., испр. и доп. М., 2001; *Михеева Л.Ю.* Опека и попечительство: Правовое регулирование: учебно-практическое пособие / под ред. Р.П. Мананковой. М., 2002; *Немытина М.В.* Системный подход к защите прав несовершеннолетних // Актуальные проблемы

частного регулирования: материалы Всероссийской IV научной конференции молодых ученых. Самара, 2004; Ювенальная юстиция: возможности становления // Защита интересов семьи и прав несовершеннолетних: сборник статей / под ред. М.В. Немытиной. Саратов, 2000; *Нечаева А.М.* Семейное право: курс лекций. М., 1998; Семейное законодательство: комментарий судебной практики. М., 2005; *Нечаева А.М.* Споры о детях / отв. ред. М.А. Шапкин. М., 1989; Брак, семья, закон / отв. ред. В.А. Рясенцев. М., 1984; *Туктарова И.Н.* Уголовно-правовая охрана интересов несовершеннолетних в моделях ювенальной юстиции / под ред. Н.А. Лопашенко, С.А. Шейфера. Сер. Права человека: сферы реализации. Вып. 2. Саратов, 2003. С. 204–226.

³ См.: *Лучин В.О.* Процессуальные нормы в советском государственном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Воронеж, 1971. С. 5–11.

⁴ *Иванова Р.И.* Постатейный комментарий к Конституции Российской Федерации / под общ. ред. В.Д. Карповича. М., 2002 // Энциклопедия российского законодательства: специальный выпуск системы «ГАРАНТ». 2006. Вып. 12 (дата обращения: 17.05.2008).

⁵ См.: *Головистикова А.Н., Грудцына Л.Ю.* Государственный механизм охраны и защиты прав человека // Конституционное право России: учебник / под ред. Н.А. Михалевой. М., 2006. С. 508.

⁶ См.: *Кабышев В.Т.* Защита прав человека — главное направление правовой политики России // Правоведение. 1998. № 1. С. 124.

⁷ См.: *Мельникова Э.Б.* Буржуазная юстиция и права человека. М., 1987. С. 38.

⁸ См.: *Снежко О.А.* Конституционные основы государственной защиты прав и свобод человека и гражданина в Российской Федерации: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 4.

⁹ *Чесноков А.А.* Государственный механизм защиты прав личности в СССР и Российской Федерации (теоретико-правовое исследование): дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2006. С. 19.

¹⁰ Конституционный механизм защиты прав и свобод человека и гражданина включает в себя следующие элементы: объект защиты — права и свободы человека, субъект защиты — различные органы (государственные, местные, межгосударственные, международные), общественные объединения и сама личность, т.к. предусматривается такая форма защиты, как самозащита.

¹¹ *Макушин А.А.* Конституционная защита прав и свобод человека: подходы к понятию // Конституционное и муниципальное право. 2004. № 4. С. 23.

¹² Право на подачу жалобы Уполномоченному по правам ребенка несовершеннолетним предусмотрено законодательством субъектов РФ, например, ст. 10 Закона Самарской области от 6 мая 2002 г. № 18-ГД «Об Уполномоченном по правам ребенка в Самарской области. См.: «ГАРАНТ» — справочная правовая система (дата обращения: 17.05.2007).

¹³ См.: *Немытина М.В.* Защита прав несовершеннолетних в России: системный подход // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. № 2. С. 59

¹⁴ См.: *Немытина М.В.* Ювенальная юстиция в России: возможности становления // Защита интересов семьи и прав несовершеннолетних / под ред. М.В. Немытиной. Самара, 2000. С. 192–193.

¹⁵ *Немытина М.В.* Защита прав несовершеннолетних в России: системный подход // Правовая политика и правовая жизнь. 2004. № 2. С. 67.

¹⁶ См.: Там же.

¹⁷ *Кабышев В.Т.* Защита прав человека — главное направление правовой политики в России // Правоведение. 1998. № 1. С. 12.

¹⁸ См.: Указ Президента РФ от 6 ноября 2004 г. № 1417 «О Совете при Президенте Российской Федерации по содействию развитию институтов гражданского общества и правам человека» // СЗ РФ. 2004. № 40, ст. 46, ч. 2, ст. 4511.

¹⁹ См., например: Закон Саратовской области от 29 декабря 2004 г. № 120-ЗСО «О комиссиях по делам несовершеннолетних и защите их прав в Саратовской области» // Саратов — столица Поволжья. 2004. 31 дек.

²⁰ Например, в адрес Уполномоченного по правам ребенка Саратовской области обратилась гражданка К. с просьбой в оказании помощи в лечении ее двухгодичного внука. В результате обращения Уполномоченного в Саратовский региональный благотворительный фонд «Памяти братьев Бандориных» необходимая денежная сумма для приобретения лекарственных средств была получена (см.: Доклад Уполномоченного по правам человека в Саратовской области «О проблемах соблюдения конституционных прав и свобод граждан на территории Саратовской области». Саратов, 2007. С. 152).

²¹ В данном случае под публичным интересом понимается общественно-государственный интерес, т.к. при наличии частных интересов несовершеннолетнего имеются интересы общества и государства. Например, в Семейном кодексе РФ закреплено право ребенка жить и воспитываться в семье. Процесс реализации данного права затрагивает как сугубо частный интерес несовершеннолетнего, так и интересы семьи (ячейки общества), общества, интересы государства, поэтому защиту прав подрастающего поколения следует относить к общественно-государственной задаче.

М.В. Опарина

**ОБ ИСТОЧНИКАХ ПРАВА ВООРУЖЕННЫХ КОНФЛИКТОВ
(ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВОЙ АНАЛИЗ «ПРАВА ЖЕНЕВЫ»)**

После Второй мировой войны и победы над фашизмом мировое сообщество обратилось к проблемам правового регулирования вооруженных конфликтов. Необходима была новая, отвечающая современным общественным отношениям, система правовых норм.

Эту задачу выполнили четыре Женевские конвенции от 12 августа 1949 г. и два Дополнительных протокола к ним 1977 г. События, происходящие в мире, международные и внутренние вооруженные конфликты подтверждают значимость рассматриваемых международно-правовых документов.

Женевская конвенция об улучшении участи раненых и больных в действующих армиях (Женевская конвенция I) закрепила и структурировала нормы, регулирующие правовое положение раненых и больных, санитарных формирований и учреждений: санитаров, обеспечивающих розыск и подбор, транспортировку раненых и больных; санитарного транспорта, а также использование отличительной эмблемы.

Женевская конвенция I подтверждает норму «Гаагского права» о том, что постоянные санитарные учреждения и подвижные санитарные формирования не могут быть подвергнуты нападению ни при каких условиях. Статья 22 дополняет это правило и устанавливает, что личный состав санитарного формирования в целях защиты раненых и больных может быть вооружен. Охрана санитарного учреждения может осуществляться пикетом, часовыми или конвоем. Главным представляется требование о недопустимости нападения на санитарное подразделение.

Документ устанавливает, что воюющие стороны примут все возможные меры к тому, чтобы разыскать мертвых и установить их личность, стороны проследят, чтобы умершие были погребены с честью, с соблюдением обрядов религии, а могилы отмечались таким образом, чтобы их всегда можно было разыскать.

Гарантией безопасности служит распространение на личный состав санитарных служб, занимающихся розыском, подбором, транспортировкой и лечением раненых и больных, личный состав национальных Обществ Красного Креста и других официально признанных и зарегистрированных добровольных обществ помощи, в случае их пленения другой воюющей стороной, режима военного плена. Время нахождения в плену должно соответствовать необходимости исполнения ими санитарных обязанностей.

Среди положений конвенции, регулирующих защиту санитарных транспортных средств, особого внимания заслуживают нормы, определяющие безопасность санитарных летательных аппаратов. Они должны использоваться исключительно для эвакуации раненых и больных, для

© М.В. Опарина, 2009

Кандидат юридических наук, доцент кафедры мировой политики и международных отношений Российской гуманитарной академии.

перевозки санитарного и личного имущества. Кроме того, все основные условия полета (высота, время и маршрут) устанавливаются специальными соглашениями между заинтересованными сторонами. Любые несанкционированные полеты над территорией, где находится противник, запрещаются. Экипаж летательного санитарного аппарата подчиняется любому требованию о спуске на землю и не препятствует в проведении осмотра. Санитарное воздушное транспортное средство должно иметь видимые отличительные знаки, установленные конвенцией, сигнализацию и опознавательные знаки, установленные по соглашению между воюющими.

Отличительной эмблемой является красный крест на белом фоне. В конвенции упоминается также знак красного льва и солнца на белом поле, использовавшийся когда-то Ираном, но к настоящему времени эта эмблема отменена. Израиль пользуется эмблемой в виде красного щита Давида на белом поле, хотя она и не получила международного признания (и поэтому не упоминается в конвенции), на практике она применяется¹.

Подписывая Женевскую конвенцию I, Правительство СССР сделало следующую оговорку по ст. 10: «СССР не будет признавать законным обращение державы, во власти которой находятся раненые, больные или санитарный персонал, к нейтральному государству или гуманитарной организации с просьбой принять на себя функции, выполняемые Державой-Покровительницей, если на это не имеется согласия правительства страны, гражданами которого являются покровительствуемые лица»².

Женевская конвенция об улучшении участи раненых, больных и лиц, потерпевших кораблекрушение, из состава вооруженных сил на море (Женевская конвенция II), устанавливает правила обращения с указанными категориями лиц. Документ закрепляет термин «кораблекрушение», который применяется ко всякому кораблекрушению, независимо от обстоятельств, при которых оно произошло, включая вынужденные посадки самолетов на море или падение в море. При оказании помощи не существует различий между гражданскими лицами и военнослужащими, им обеспечивается «гуманное обращение и уход». Любому военному судну разрешается передача раненых, больных и потерпевших кораблекрушение лиц, если это позволяет их состояние, стороне, которая способна обеспечить их безопасность.

Женевская конвенция II четко закрепляет различие между военными и госпитальными судами. К последним относятся суда, построенные или оборудованные с целью оказания помощи и переправки раненых, больных и потерпевших кораблекрушение, использующие специальные опознавательные знаки. Такие суда не могут быть подвергнуты нападению или захвату неприятелем при условии, что их названия и характеристики сообщены воюющими друг другу за 10 дней до их использования. Для обеспечения безопасности раненых и личного состава на судне может быть необходимое вооружение.

Женевская конвенция об обращении с военнопленными (Женевская конвенция III) подробно регламентирует правила обращения с военнопленными с момента попадания в плен до репатриации из плена. В ней закреплены правила в отношении личных вещей военнопленного, создания лагерей для военнопленных, их интернирования, питания, одежды, гигиены и медицинской помощи, медицинского и духовного персонала для военнопленных, правила об отправлении религиозных обрядов. Специальные статьи посвящены дисциплине в лагерях, сохранению воинских званий, привлечению военнопленных к работам и оплате этого труда, сношениям военнопленных с внешним миром.

Особая часть конвенции отражает взаимоотношения военнопленных и оккупационных властей. Она содержит правила подачи жалоб по поводу режима плена, причем военнопленные (кроме лагерей для офицеров) каждые 6 месяцев избирают доверенных лиц, которые представляют их интересы. В офицерских лагерях таковым является старший по званию³.

Рассматриваемая конвенция подробно регламентирует наложение уголовных и дисциплинарных взысканий. Статья 82 закрепляет: «Военнопленные подчиняются законам, уставам и приказам, действующим в вооруженных силах держащей в плену Державы». Другие нормы устанавливают недопустимость коллективных наказаний за индивидуальные проступки, телесных наказаний, лишения дневного света. Более того, нормы Женевской конвенции III ориентируют воюющих в каждом конкретном случае рассматривать возможность замены судебного преследования и наложения уголовного наказания мерами дисциплинарного взыскания.

Подписывая Женевскую конвенцию III, Правительство СССР сделало следующие оговорки: по ст. 10: «СССР не будет признавать законным обращение державы, во власти которой

находятся военнопленные, к нейтральному государству или нейтральной организации с просьбой принять на себя функции, выполняемые Державой-Покровительницей, если на это не имеется согласия правительства страны гражданами, которой являются военнопленные»; по ст. 12: «СССР не будет считать законным освобождение державы, передавшей захваченных ею другой державе, от ответственности за соблюдение конвенции в отношении этих военнопленных, пока они находятся на попечении державы, согласившейся их принять»; по ст. 85: «СССР не считает для себя обязательным распространение покровительства конвенции на военнопленных, осужденных по законам страны, где они находятся в плену, за совершение военных преступлений и преступлений против человечества в соответствии с принципами Нюрнбергского процесса, т. к. осужденные за эти преступления должны подчиняться режиму, установленному в данной стране для лиц, отбывающих наказание»⁴.

Женевская конвенция о защите гражданского населения во время войны (Женевская конвенция IV) подтверждает необходимость защиты медицинского и духовного персонала, раненых, больных, женщин и детей, а также гражданских лиц.

Женевская конвенция IV устанавливает, что гражданскими лицами являются все лица, которые не входят в состав вооруженных сил. Нормы конвенции закрепляют строжайшие запреты на использование гражданского населения в качестве прикрытия от нападения неприятеля. Запрещены также коллективные наказания гражданских лиц, меры запугивания и террора населения, ограбление, взятие заложников и репрессалии в отношении гражданского населения. Специально подчеркивается недопустимость оказания физического и морального воздействия на гражданских лиц с целью получения от них или от третьих лиц различных сведений. Значительное место конвенция отводит вопросам интернирования. Подробно урегулированы нормы, связанные с местами интернирования, питанием, одеждой, гигиеной, отправлением религиозных обрядов, интеллектуальной и физической деятельностью, перемещением интернированных, наказанием и т.д. В частности, закрепляется, что интернированные, пойманные после побега или при попытке к побегу, подлежат за этот проступок только дисциплинарному взысканию даже в случае рецидива. Кроме того, побег или попытка побега не рассматривается какотягчающее вину обстоятельство.

Конвенция ориентирует государства на создание Справочных Бюро с целью сбора сведений о лицах, находящихся в заключении более двух недель, принудительно поселенных в определенном месте или интернированных, а также сведений о перемещении, освобождении, репатриации, побеге, госпитализации, рождении и смерти.

Женевская конвенция IV определяет правила режима оккупированной территории и исходит из того, что оккупация не означает аннексии⁵. Запрещается угон и депортация населения из оккупированной местности в оккупирующую державу. Оккупационные власти не могут принуждать население служить в своих вооруженных силах. Специально отмечается, что население может быть использовано на принудительных работах, не связанных с военными операциями, только в пределах оккупированной территории.

При подписании Женевской конвенции IV Правительство СССР сделало следующие оговорки: по ст. 11: «СССР не будет признавать законным обращение державы, во власти которой находятся покровительствуемые лица к нейтральному государству или гуманитарной организации с просьбой принять на себя функции, выполняемые Державой-Покровительницей, если на это время не имеется согласия правительства страны, гражданами которой являются покровительствуемые лица»; по ст. 45: «СССР не будет считать законным освобождение державы, передавшей находившихся в ее власти покровительствуемых лиц другой державе, от ответственности за соблюдение конвенции в отношении переданных лиц на время пока они находятся на попечении державы, которая согласилась их принять».

В 1977 г. в результате большой нормотворческой работы были приняты два Дополнительных протокола к Женевским конвенциям 1949 г. Форма Дополнительного протокола для этих документов была избрана не случайно. Они имеют силу только для тех государств, которые их подписали и ратифицировали. Дополнительные протоколы не обязательны для стран, их не подписавших. Последние остаются связанными только положениями Женевских конвенций. Эти протоколы следует рассматривать как уточнение и дополнение Женевских конвенций, в них решаются новые вопросы, а также вопросы, недостаточно урегулированные в Женевских

конвенциях. С помощью протоколов устранен искусственный, не соответствующий современным условиям разрыв между нормами, гарантирующими защиту жертв войны и нормами, которые касаются средств ведения войны⁶.

Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г. касается защиты жертв международных вооруженных конфликтов (Протокол I). Подобно Женевским конвенциям Протокол I обязывает воюющих соблюдать его и обеспечивать его соблюдение. Поэтому любые отклонения от предписаний Протокола I не могут быть оправданы ссылкой на военную необходимость. Протокол применяется к ситуациям вооруженного конфликта международного характера. Эти ситуации включают также национально-освободительные войны.

Рассматриваемым документом нормативно закреплены определения, имеющие важное значение для права вооруженных конфликтов; среди них: «раненые» и «больные», «лица, потерпевшие кораблекрушение», «медицинский персонал», «медицинские формирования», «санитарная перевозка», «санитарно-транспортные средства», «санитарные суда», а также определены функции Державы-Покровительницы.

Протокол I, подтверждая принципы ранее принятых документов, устанавливает, что право сторон выбирать методы или средства войны не является неограниченным. Исходя из этого, воюющим запрещается применять оружие, снаряды, вещества и методы, способные причинить излишние повреждения или излишние страдания, а также обширный, долговременный и серьезный ущерб природной среде. Одна из статей закрепляет недопустимость вероломства.

Под вероломством в протоколе понимаются действия, направленные на то, чтобы вызвать доверие противника, заставить его поверить, что он имеет право на защиту или обязан предоставить такую защиту согласно нормам международного права, применяемого в период вооруженных конфликтов, с целью обмана такого доверия. Примерами вероломства могут являться обманные действия, направленные на ведение переговоров под видом перемирия или капитуляции; выходы из строя вследствие ранений или болезни; обладание статусом гражданского лица; обладание статусом, предоставляющим защиту, путем использования знаков, эмблем, форменной одежды ООН, нейтральных или других государств, не являющихся сторонами, находящимися в конфликте.

По смыслу ст. 37 Протокола I приведенный перечень не является исчерпывающим и может быть расширен при дальнейшей разработке и детализации норм права вооруженных конфликтов на межгосударственном и национальном уровнях. Так, например, в качестве квалифицирующего признака вероломства целесообразно закрепить также противоправность использования военной формы противника при непосредственном ведении военных действий, а также в тылу.

От вероломства следует отличать военные хитрости, которые применяются с целью введения противника в заблуждение, не нарушая норм международного права, поскольку не обманывают доверие другой воюющей стороны в отношении предоставляемой защиты. По нашему мнению, к военным хитростям следует отнести использование маскировки, дезинформацию, проведение военно-оперативных игр, тактических маневров и т.д.

Впервые в международно-правовых документах приводится подробная разработка положений о гражданской обороне и выделяется 15 ее задач: оповещение, эвакуация, спасательные работы, борьба с пожарами, восстановление и поддержание порядка в районах бедствия, различные организационные мероприятия. Подчеркивается, что организации гражданской обороны и их персонал пользуются уважением и защитой. Данный раздел представляется достаточно актуальным, т. к. от четкости и слаженности действий служб гражданской обороны зависит своевременное оповещение и эвакуация в бомбоубежище, обеспечение продовольствием, недопущение распространения пожаров, инфекций и т.п.

Отличительной чертой является также более четкое определение характеризующих особенностей шпиона и наемника. Устанавливается, что они не имеют права на статус комбатанта или военнопленного.

Значительное место в прогрессивном развитии права вооруженных конфликтов занимают нормы, устанавливающие меры по защите женщин и детей, а также требующие от разработчиков новых видов оружия и способов военных действий определить, подпадает ли их применение под запрещения, содержащиеся в Протоколе I и других нормах международного права.

Вместе с тем сфера действия Протокола I не распространялась на ситуации, связанные с внутренними вооруженными конфликтами.

Поэтому другим документом в 1977 г. был принят Дополнительный протокол к Женевским конвенциям от 12 августа 1949 г., касающийся защиты жертв вооруженных конфликтов не-международного характера (Протокол II). Этот документ состоит из 28 статей и применяется в вооруженном конфликте, происходящем на территории какого-либо государства между вооруженными силами и антиправительственными вооруженными подразделениями. В нем закреплены основные гарантии, для всех лиц, которые не принимают или прекратили принимать участие в военных действиях. В отношении них запрещаются любые противоправные действия, связанные с посягательством на жизнь, здоровье, применение коллективных наказаний, рабство и работорговля, грабеж и т.п.

Протокол II по сфере действия, разработанности и объему значительно отличается от Протокола I. Вместе с тем он устранил существовавший пробел в регулировании общественных отношений, связанных с военными действиями внутри территории какого-либо суверенного государства. Таким образом, можно утверждать, что все виды вооруженных конфликтов регулируются нормами права вооруженных конфликтов.

Женевские конвенции 1949 г. и Протоколы 1977 г. составляют основу современного права вооруженных конфликтов. Принципиальное значение имеет тот факт, что участниками Женевских конвенций 1949 г. стали практически все члены мирового сообщества. В настоящее время их ратифицировали свыше 190 государств. Протокол I ратифицирован около 150, а Протокол II — 140 государствами. В условиях, когда все мировое сообщество участвует в конвенциях, маловероятно, чтобы какое-либо государство денонсировало этот документ всеобщего действия⁷.

Нормы, регулирующие денонсирование, закреплены в ст. 63 Женевской конвенции I, ст. 62 Женевской конвенции II, ст. 142 Женевской конвенции III, ст. 158 Женевской конвенции IV и ст. 99 Протокола I. В указанных статьях, в частности, отмечается, что заявление о денонсации для воюющей державы не будет иметь силы до заключения мира, освобождения, репатриации и возвращения к месту жительства лиц, пользующихся покровительством согласно этим международно-правовым документам.

¹ См.: Кальсховен Ф. Ограничение методов и средств ведения войны. МККК. 1994. С. 58.

² Международное право в документах. Т. 3 / сост.: Л.А. Моджорян, В.К. Собакин. М., 1957. С. 185.

³ См.: Пустогаров В.В. Международное гуманитарное право. М., 1997. С. 20.

⁴ Международное право в документах. Т. 3 / сост.: Л.А. Моджорян, В.К. Собакин. С. 261.

⁵ См.: Пустогаров В.В. Указ. соч. С. 23.

⁶ См.: Арцибасов Н.И., Егоров С.А. Вооруженные конфликты: право, политика, дипломатия. М., 1989. С. 67.

⁷ См.: Пустогаров В.В. Указ. соч. С. 15.

С.Р. Абрамова

К ВОПРОСУ О МЕЖДУНАРОДНОМ СОТРУДНИЧЕСТВЕ ПРИ РАССЛЕДОВАНИИ УГОЛОВНЫХ ДЕЛ О ТОРГОВЛЕ НЕСОВЕРШЕННОЛЕТНИМИ

В современных условиях международное сотрудничество государств, изначально направленное на борьбу с международными преступлениями, в значительной мере посвящено противодействию транснациональным преступлениям, под которыми понимают «общеуголовные преступления, подпадающие под юрисдикцию двух и более государств»¹. Организация Объединенных Наций определила транснациональные преступления «как правонарушения,

© С.Р. Абрамова, 2009

Преподаватель кафедры криминалистического обеспечения расследования преступлений Саратовской государственной академии права.

охватывающие в аспектах, связанных с планированием, совершением и (или) прямыми или косвенными последствиями, более чем одну страну»².

Торговля людьми, в т. ч. детьми³, оценивается международным правом как уголовная деятельность, контролируемая транснациональными преступными организациями, влекущая за собой серьезные последствия для безопасности личности, общества и государства, грубые нарушения прав человека⁴.

Особенно отчетливо прослеживается организованный транснациональный характер в таких формах торговли несовершеннолетними, как торговля детьми с целью сексуальной эксплуатации (для удовлетворения своих сексуальных потребностей; для организации детской проституции, в т. ч. детского секс-туризма; для производства порнографии); торговля детьми для трансплантации органов и тканей; торговля детьми с целью их незаконного усыновления (удочерения); торговля женщинами с целью принудительного вынашивания и рождения детей (торговля еще не родившимися младенцами).

В настоящее время продолжают негативные качественные изменения в направлении формирования теневых транснациональных и межрегиональных организованных преступных формирований, обеспечивающих экспорт детей — граждан государств СНГ в развитые государства Америки, Европы и Азии, подкуп чиновников, установление контроля за международным усыновлением, международным туристическим, брачным и модельным бизнесом, получение значительных доходов от коммерческой сексуальной эксплуатации детей.

В этих условиях борьба с торговлей несовершеннолетними не может ограничиваться только национальным законодательством. Важная роль в борьбе с этими преступлениями отводится международным актам. Наряду с международным законодательством, направленным на борьбу с торговлей людьми⁵, существуют следующие источники международного права, регулирующие вопросы борьбы с торговлей детьми и их коммерческой эксплуатации.

1. Конвенция о правах ребенка, принятая резолюцией Генеральной Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 г. СССР подписал данную Конвенцию 26 января 1990 г., ратифицировал постановление ВС СССР от 13 июня 1990 г. № 1559-1. Вступила в силу для СССР 15 сентября 1990 г.

2. Протокол о предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за нее; Протокол против незаконного ввоза мигрантов по суше, морю и воздуху, дополняющие Конвенцию против транснациональной организованной преступности. Россия подписала этот документ 9 декабря 2000 г. (Распоряжением Президента РФ от 9 декабря 2000 г. № 556-рп), ратифицировала Федеральный закон от 26 апреля 2004 г. № 26-ФЗ. Конвенция вступила в силу для России 25 июня 2004 г.

3. Декларация ООН о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновление на национальном и международном уровнях (принята резолюцией от 3 декабря 1986 г. № 41/85 Генеральной Ассамблеи ООН).

4. Гагская конвенция о защите детей и сотрудничестве в сфере международного усыновления от 29 мая 1993 г. Россия подписала данную Конвенцию в 2000 г. (Распоряжение Президента РФ от 26 июня 2000 г. № 241-рп).

5. Конвенция Международной Организации Труда № 182 «О запрещении и немедленных мерах по искоренению наихудших форм детского труда» (Женева, 17 июня 1999 г.). Принята 87-й сессией МОТ 1 июня 1999 г. Конвенция вступила в силу 19 ноября 2000 г. Ратифицирована Российской Федерацией 8 февраля 2003 г.

Из всех международных актов, направленных на борьбу с торговлей людьми, в т. ч. несовершеннолетними, особо хотелось бы выделить Конвенцию ООН против транснациональной и организованной преступности и протоколы к ней: «О предупреждении и пресечении торговли людьми, особенно женщинами и детьми, и наказании за неё», и «Против незаконного ввоза и мигрантов по суше, морю и воздуху»⁶. В настоящее время Конвенцию подписали и ратифицировали 32 государства. Нормы Конвенции устанавливают юрисдикцию государств-участников; взаимную правовую помощь в расследовании, в уголовном преследовании и судебном разбирательстве в связи с преступлениями, охватываемыми настоящей Конвенцией; проведение совместных расследований; использование при расследовании специальных методов (электронное и другие формы наблюдения, агентурные операции); принятие над-

лежащих мер, направленных на обеспечение эффективной защиты от мести или запугивания свидетелей; предоставление помощи и защиты потерпевшим от преступлений; сбор и анализ информации о характере организованной преступности и обмен между государствами-участниками такой информацией.

На правовом поле стран бывшего СССР также активно декларируется необходимость противодействия торговле людьми⁷. Страны Содружества принимают комплексные совместные меры правового, социально-экономического, информационного и иного характера в борьбе с торговлей людьми, а также меры защиты жертв торговли людьми и их реабилитации.

В частности, стороны предусматривают осуществление сотрудничества правоохранительных органов в следующих основных формах:

обмен оперативной, криминалистической, статистической и иной информацией, в т. ч. сведениями о готовящихся и совершенных преступлениях, легализации доходов от этих деяний и причастных к ним физических или юридических лицах;

исполнение запросов о проведении оперативно-розыскных мероприятий;

планирование и осуществление скоординированных оперативно-розыскных и профилактических мероприятий;

обмен нормативными правовыми актами, публикациями и научно-методическими материалами;

обмен опытом работы, проведение рабочих встреч, консультаций, совещаний, практических конференций и семинаров, а также совместных научных исследований;

разработка и осуществление согласованных мер предупреждения и пресечения использования сети Интернет в целях торговли людьми;

обмен опытом внедрения информационных систем паспортно-визового контроля, включая использование биометрических данных⁸.

В сфере эффективной борьбы с международной транснациональной преступностью основополагающую роль играют международное сотрудничество и межведомственное взаимодействие правоохранительных и иных органов государственной власти различных государств.

Указанная деятельность регламентируется международными актами (конвенциями, соглашениями, договорами, протоколами, меморандумами о намерениях и т. д.) о взаимной правовой помощи и правовых отношениях между государствами⁹, международными договорами межведомственного характера¹⁰. Таким образом, правовым основанием для обращения за международной правовой помощью служат нормы национального уголовно-процессуального и иного отраслевого законодательства, ратифицированные и вступившие в силу международные договоры, многосторонние конвенции и иные международные соглашения.

При расследовании уголовных дел о торговле несовершеннолетними возможны следующие формы международного сотрудничества:

1. Экстрадиция, т. е. выдача лица для уголовного преследования (гл. 54 УПК РФ). Этот правовой институт имеет большое значение для расследования торговли людьми, т. к. данное преступление является транснациональным и охватывает, как правило, территорию нескольких государств. Выдача граждан, скрывающихся на территории другого государства после совершения преступления в стране своего гражданства, осуществляется на основании договора между договаривающимися государствами¹¹ или на основе принципа взаимности. В Российской Федерации давать письменные обязательства о выдаче в будущем лиц в соответствии с законодательством РФ на основании принципа взаимности уполномочен Генеральный прокурор РФ.

2. Подача и исполнение запроса о правовой помощи о производстве допроса, обыска, опроса свидетелей, судебной экспертизы и иных процессуальных действий, предусмотренных УПК РФ (гл. 53). Правовую основу указанных действий составляют международные договоры, а при их отсутствии — соответствующие гарантии на основе принципа взаимности проведения ответных действий. Принцип взаимности подтверждается письменным обязательством Верховного Суда РФ, МИД РФ, Минюста России, ФСБ РФ, ФСКН РФ и Генеральной прокуратуры. Запрос о производстве процессуальных действий направляется через Верховный Суд РФ, Минюст России, МВД РФ, Генеральную прокуратуру РФ.

3. Запрос одного правоохранительного учреждения другому, касающийся наличия доказательственных фактов или других, связанных с ними вопросов, перед подачей официально письменного ходатайства.

4. Подача и исполнение запроса одного правоохранительного учреждения другому о предоставлении такой оперативной помощи, как наблюдение, перехваты, задержания и т. д.

Взаимодействие в вопросах проведения оперативно-розыскных мероприятий осуществляется на основании запросов по линии международных правоохранительных организаций и органов (Международной организации уголовной полиции — Интерпола¹², НЦБ Интерпола¹³, Европола¹⁴, РНКП¹⁵, Бюро по координации борьбы с организованной преступностью и иными опасными видами преступлений на территории государств-участников СНГ) и правоохранительных органов иностранных государств в соответствии с международными договорами РФ.

Уголовно-процессуальным основанием для направления международного следственного поручения служит возбуждение и производство предварительного следствия. Однако на практике, в ряде случаев при реализации оперативно-розыскных мероприятий до возбуждения уголовного дела, возникает потребность получения информации из-за рубежа. Компетентные органы ряда государств вправе принимать к исполнению запросы об оказании международной правовой помощи, если на территории запрашивающего государства проводятся оперативно-розыскные мероприятия.

В подобных случаях возможно и допустимо направление ходатайств о международной правовой помощи по выполнению действий, в т. ч. розыскного характера, аналогичных предусмотренных российским законодательством¹⁶.

По делам о торговле несовершеннолетними оказание международной правовой помощи требуется во всех случаях, в которых одной из сторон купли-продажи несовершеннолетнего выступает гражданин иностранного государства, и (или) совершение преступления связано с вывозом несовершеннолетнего за границу Российской Федерации.

Так, в 1994 г. гр. Т выехала в США (штат Луизиана, г. Батон-Руж), где родила дочь М., которую оставила на усыновление гражданам США супругам Х.

В октябре 1996 г. Т. вновь родила ребенка. Т. вступила в сговор с Х. о продаже второго ребенка и стала получать по системе Вестерн-Юнион деньги от Х. В сентябре 1997 г. Т. продала Х. в своей квартире ребенка за 3000 у.е. Х. по договоренности с С., используя документы дочери С., вывезли ребенка в Узбекистан, за что С. получила 300 у.е. Затем Х. вывез ребенка неустановленным способом в США, а затем в Израиль (постоянное место жительства Х.).

По данному уголовному делу международное следственное поручение направлялось в США, Узбекистан, Молдову, Израиль, Литву¹⁷.

В последние годы законодательное регулирование и практика деятельности правоохранительных органов многих государств мира переходят на качественно новый уровень сотрудничества.

Правовой основой таких изменений служат нормы целого ряда международных договоров. Так, ст. 19 Конвенции ООН против транснациональной организованной преступности предусматривает «возможность заключения двусторонних или многосторонних соглашений или договоренностей, в силу которых в связи с делами, являющимися предметом расследования, уголовного преследования или судебного разбирательства в одном или нескольких государствах, заинтересованные компетентные органы могут создавать органы по проведению совместных расследований. В отсутствие таких соглашений или договоренностей совместные расследования могут проводиться по соглашению в каждом отдельном случае»¹⁸.

Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г. в ст. 63 предусматривает возможность в целях быстрого и всестороннего расследования преступлений, совершенных одним или несколькими лицами на территориях двух и более Договаривающихся Сторон либо затрагивающих их интересы, создания совместных следственно-оперативных групп. «Члены совместной следственно-оперативной группы непосредственно взаимодействуют между собой, согласовывают основные направления расследования, проведение следственных действий, розыскных или оперативно-розыскных мероприятий, обмениваются полученной информацией. Координацию их деятельности по согласованию осуществляет инициатор создания совместной следственно-оперативной группы либо один из ее членов» (п. 4 ст. 63)¹⁹.

Организованные преступные группы, занимающиеся торговлей несовершеннолетними с целью их сексуальной эксплуатации за границей или с целью международных усыновлений²⁰,

функционируют на территории двух и более государств. Как правило, подбор, вербовка и перевозка осуществляются на территории одного государства; получение, поиск покупателя, купля-продажа, эксплуатация — на территории другого государства. Поэтому указанные формы сотрудничества при расследовании рассматриваемых преступлений, несомненно, являются наиболее эффективными и приемлемыми. Это подтверждает и практика сотрудничества правоохранительных органов при расследовании торговли людьми.

Так, в ходе осуществления двустороннего сотрудничества с правоохранительными органами Израиля проводились мероприятия по документированию и пресечению противоправной деятельности участников международной организованной преступной группы, занимавшейся организацией каналов нелегальной миграции и поставкой российских женщин в страны Ближнего Востока для занятия проституцией.

Одним из лидеров данной организованной преступной группы являлся гражданин Израиля Шота Исакиевич Шамелашвили, 12 сентября 1952 г.р., нелегально проживавший в г. Москве.

Результаты совместных мероприятий послужили основанием для возбуждения уголовного дела на территории Израиля и предъявления обвинения Шамелашвили в совершении тяжких преступлений, квалифицируемых израильским уголовным законодательством как «торговля людьми с целью привлечения их к занятию проституцией, незаконное лишение свободы, отмывка капитала» и объявления его международного розыска (мера пресечения — арест).

В ходе мероприятий, проведенных во взаимодействии с ГОПУ МВД России, было установлено местонахождение Шамелашвили на съемной квартире в г. Москве, где осуществлено его задержание.

Одновременно полицией Израиля проведено задержание граждан России, жительниц г. Уфы С. и N., которые 28 августа 2004 г. были переправлены Шамелашвили на территорию Израиля транзитом через Египет для занятия проституцией.

Шамелашвили помещен в ИВС ОВД «Савеловский» УВД САО г. Москвы. О его задержании для решения вопроса об экстрадиции уведомлены Генеральная Прокуратура РФ и посольство Израиля в г. Москве.

Таким образом, в современных условиях для эффективной борьбы с транснациональными преступлениями назрела необходимость создания правовой и материальной базы для проведения совместных оперативно-розыскных и следственных мероприятий.

¹ Лукашук И.И. Международное право. Особенная часть: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2001. С. 337.

² Результаты четвертого обзора ООН по вопросу о тенденциях в области преступности и функционирования систем уголовного правосудия. Документ ООН A/CONF/169/15/Add. 1, 20. dec. 1994 (дата обращения: 01.08.2008).

³ В период с 1996 по 2003 г. зарегистрировано 231 преступление по торговле несовершеннолетними, а в период с 2004 по 2007 г. — 287 преступлений по торговле людьми, в числе которых торговля несовершеннолетними (по данным ГИАЦ МВД России). С 2003 г. статистика по торговле несовершеннолетними отдельной статьёй не выделяется. Однако анализ данных российской уголовной статистики о жертвах торговли людьми показал, что 100 % потерпевших по делам, возбужденным по ст. 127.1 УК РФ, — женщины, около 1/3 из них — несовершеннолетние (см.: Торговля людьми в Калининградской области: постановка проблемы, противодействие, профилактика // Международная организация по миграции / отв. ред. Т.С. Волчеккая. Вильнюс, 2007. С. 78).

⁴ См., например: Рекомендации Комитета Министров Совета Европы ге (2001).16.

⁵ См.: Всеобщая декларация прав человека. Принята Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г. Вступила в силу для СССР 9 ноября 1954 г.; Резолюция 317-й Генеральной Ассамблеи ООН «Конвенция о борьбе с торговлей людьми и с их эксплуатацией проституции третьими лицами». Принята 2 декабря 1949 г. Конвенция вступила в силу для СССР 9 ноября 1954 г.; Конвенция о защите прав человека и основных свобод (ETS № 5). Заключена в г. Риме 4 ноября 1950 г. Вступила в силу для России 5 мая 1998 г.; Конвенция Совета Европы от 16 мая 2005 г. «О противодействии торговле людьми» Россия к данной Конвенции не присоединилась; Конвенция МОТ № 105 «Об упразднении принудительного труда». Принята в Женеве 25 июня 1957 г. Россия ратифицировала Конвенцию Федеральным законом от 23 марта 1998 г. № 35-ФЗ; и др.

⁶ См.: СЗ РФ. 2004. № 40, ст. 3884.

⁷ См.: Соглашение о сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с торговлей людьми, органами и тканями человека. Подписано 25 ноября 2005 г. Вступило в силу 4 июля 2006 г., для России — 12 февраля 2007 г.; Решение Совета глав государств СНГ «О программе сотрудничества государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с торговлей людьми на 2007–2010 годы». Принято в Минске 28 ноября 2006 г.

⁸ См.: Соглашение о сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с торговлей людьми, органами и тканями человека. Подписано 25 ноября 2005 г. Вступило в силу 4 июля 2006 г., для России — 12 февраля 2007 г.

⁹ См.: Европейская конвенция о взаимной правовой помощи по уголовным делам (ETS № 30). Страсбург, 20 апреля 1959 г.; федеральные законы от 4 августа 1994 г. № 16-ФЗ «О ратификации конвенции о правовой

помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам»; от 13 июля 2001 г. № 163-ФЗ «О ратификации договора между Российской Федерацией и Республикой Польша о правовой помощи и правовых отношениях по гражданскими уголовным делам»; Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (заключена в г. Кишиневе 7 октября 2002 г).

¹⁰ См.: Соглашение о взаимодействии МВД независимых государств в сфере борьбы с преступностью (заключено в г. Алма-Ате 24 апреля 1992 г.); Соглашение о сотрудничестве между МВД РФ и Министерством безопасности Боснии и Герцеговины (заключено в г. Москве 8 сентября 2004 г.) и др.

¹¹ См., например: Европейская конвенция о взаимной правовой помощи по уголовным делам (ETS № 30). Страсбург, 20 апреля 1959 г. // СЗ РФ. 2000. № 23, ст. 2349. Конвенция вступила в силу 12 июня 1962 г. Россия подписала Конвенцию 7 ноября 1996 г. с оговорками (Распоряжение Президента РФ от 3 сентября 1996 г. № 458-рп), ратифицировала с оговорками и заявлениями (Федеральный закон от 25 октября 1999 г. № 193-ФЗ). Конвенция вступила в силу для России 9 марта 2000 г. В настоящий момент число участников составляет 47 государств.

¹² СССР был принят в члены Интерпола 27 сентября 1990 г. На 59-й сессии Генеральной Ассамблеи Интерпола (Оттава, Канада). Решение о вступлении СССР в Интерпол было принято постановлением Совета Министров СССР от 7 апреля 1990 г. № 338 «О вступлении СССР в Международную организацию уголовной полиции — Интерпол».

¹³ С 1 января 1991 г. в структуре МВД СССР начало действовать Национальное центральное бюро Интерпола.

¹⁴ Соглашение о сотрудничестве между Россией и Европейской полицейской организацией (Европол) было заключено 6 ноября 2003 г. в г. Риме.

¹⁵ В 2004 г. приказом МВД РФ № 859 в структуре НЦБ Интерпола был создан Российский национальный контактный пункт по взаимодействию с Европол (РНКП), перед которым были поставлены задачи по обеспечению обмена информацией между компетентными органами РФ (МВД, ФСБ, ФТС, ФСНК) и Европол.

¹⁶ См.: *Волеводз А.Г., Соловьев А.Б.* Международный розыск, арест, конфискация и передача иностранным государствам денежных средств и имущества, полученных преступным путем, а также вещественных доказательств по уголовным делам. М., 2007. С. 353.

¹⁷ См.: Уголовное дело № 037754. Архив Бутырского межмуниципального суда Северо-Восточного АО г. Москвы.

¹⁸ СЗ РФ. 2004. № 40, ст. 38.

¹⁹ См.: СЗ РФ. 1995. № 17, ст. 1472.

²⁰ См.: *Абрамова С.Р.* Криминалистическая характеристика организованных преступных групп, совершающих преступления, связанные с торговлей несовершеннолетними и незаконным усыновлением // Вестник СГАП. 2003. № 1(34). С. 57–58.

Минцзюнь Хэ

К ВОПРОСУ О ЧЛЕНСТВЕ В МЕЖДУНАРОДНЫХ ОРГАНИЗАЦИЯХ

Международная организация — это объединение государств, созданное на основе международного договора для выполнения определенных целей, имеющее систему постоянно действующих органов, обладающее международной правосубъектностью и учрежденное в соответствии с международным правом¹.

Международные организации устанавливают свои правила приема в них, которые в ряде случаев могут различаться. Большинству международных организаций известно понятие «первоначальные члены», к числу которых относятся государства, принимавшие участие в выработке учредительного акта организации (например, ООН). От понятия «первоначальные члены» следует отличать понятие «присоединившиеся члены», к которым относятся государства, ставшие членами организации после начала ее деятельности посредством присоединения к учредительному акту. Прием в организацию осуществляется, как правило, при условии одобрения просьбы о принятии соответствующим числом членов организации. Что касается ООН, то ее Устав, во-первых, предъявляет определенные требования к вступающему (чего другие организации не делают), во-вторых, устанавливает сложную процедуру самого приема в члены Организации. Прием производится постановлением Генеральной Ассамблеи по рекомендации Совета Безопасности, принятой голосами девяти членов Совета. В связи с разногласиями, которые имели место по процедуре приема в члены ООН, Генеральная Ассамблея в 1949 г. обратилась в Международный Суд, который подтвердил положение Устава

© Минцзюнь Хэ, 2009

Аспирант кафедры международного права юридического факультета Московского государственного университета им. М.В. Ломоносова.

ООН о том, что в решении вопроса о принятии в члены ООН должны участвовать два главных органа — Генеральная Ассамблея и Совет Безопасности. При этом без рекомендации последнего прием в члены ООН не может быть осуществлен².

Государство, не будучи членом организации, может принимать участие в ее работе в качестве наблюдателя. Так, в настоящее время постоянным наблюдателем при ООН является Ватикан.

Членство государств в международной организации (member State) означает особое положение в его законе. Члены организации вступают в особые правовые отношения с ней. Они пользуются особыми правами, которыми не могут пользоваться не члены международной организации, и выполняют некоторые обязательства, которые не могут выполнять не члены данной организации (принимают участие в конференциях и голосовании, имеют право принятия решения, соблюдают устав и платят членские взносы).

Институт членства в праве международных организаций объединяет нормы, регулирующие порядок приема и виды членов, их права и обязанности, приостановление и прекращение, а также их ответственность как членов организации.

В некоторых международных организациях есть особая форма членства с ограниченными правами — ассоциированное членство³.

Исходя из наличия определенного объема прав и обязанностей, члены международной организации могут быть полными членами, ассоциированными, частичными, частично ассоциированными членами. Последние три категории называются неполными членами. Кроме того, третьи государства, не являющиеся членами международной организации, могут поддерживать связи с международной организацией в качестве наблюдателя.

Полные члены также именуются официальными членами, пользуются всеми правами и несут все обязанности. Полные члены, без сомнения, самые важные члены международной организации⁴.

В то же время статус полноправного члена не означает наличие полных прав и обязанностей, фактически все члены одной международной организации имеют разное положение и влияние; некоторые несут большую финансовую нагрузку; некоторые пользуются большими правами при голосовании (право дополнительного решающего голоса и право вето); некоторые имеют определенные привилегии (рассматриваются в качестве важного постоянного члена подчиненных структур) и преимущества (уменьшение или отсутствие каких-либо обязательств) и др. Однако эти различия создаются на основе необходимого консенсуса государств при создании международной организации, т.е. не происходит отступления от принципов равноправия и суверенитета членов организации. Принцип равноправия для государств-членов организации — один из основных принципов права международных организаций⁵.

Говоря о большом количестве международных организаций, необходимо отметить, что статус полноправного члена является единственной категорией статуса членства. Иногда для удобства в уставе можно не определять другие категории членства, предоставляемые государствам или другим политическим субъектам. Однако эти обстоятельства часто бывают временными или переходными. Так, Генеральное соглашение по торговле и тарифам «ГАТТ» определила статус полноправных членов в виде исключения для получения этого статуса в дальнейшем. Югославия с 1950 г. имела статус наблюдателя, в 1959 г. стала ассоциированным членом, в 1962 г. — временным членом (provisional member). За это время в этой стране произошла реформа экономической системы, введены таможенные правила, проведены переговоры с полноправными членами ГАТТ и в результате успешно проведенных мероприятий в 1966 г. она стала полноправным членом⁶.

Ассоциированные члены в международной организации пользуются ограниченными правами, несут ограниченные обязательства: ассоциированные члены имеют право участвовать в конференции и обсуждении вопросов, однако не имеют права решающего голоса, а также не имеют права избираться на должности в главные структуры. Они, как и полноправные члены, могут принимать обязательства, возложенные на них международной организацией в отношении их прав и интересов, на них также возлагаются финансовые обязательства как на полноправных членов.

Частичные члены в международных организациях — это особая категория членства в них. При вступлении в организацию государство может не входить в подведомственную данной орга-

низации структуру или не иметь статуса члена организации при работе в данной структуре. Такие субъекты являются ее полноправными членами по отношению к тому органу международной организации или той структуре, которой они подведомственны, пользуются всеми правами и обязанностями, но в отношении международной организации в целом таковыми не являются. Наиболее яркий пример такой организации — ООН, где в Уставе статус такого государства был определен Международным судом на основании ст. 93 (Пункт 1. Все Члены Организации являются *ipso facto* участниками Статуса Международного Суда. Пункт 2. Государство, не являющееся Членом Организации, может стать участником Статуса Международного Суда на условиях, которые определяются, в каждом отдельном случае, Генеральной Ассамблеей по рекомендации Совета Безопасности)⁷. Это получило свое дальнейшее развитие на практике.

Частично ассоциированные члены рассматриваются как ассоциированные члены, но участвуют в работе международной организации не в качестве ее членов. Например, создаваемые Всемирной организацией здравоохранения (ВОЗ) региональные комитеты в уставе определены таким образом: «региональные комитеты состоят из представителей стран-членов и стран-сотрудников соответствующей географической области. Территории и группы территорий в пределах области, неправомочные в отношении своих международных отношений и которые не являются странами-сотрудниками, имеют право быть представленными и участвовать в региональных комитетах. Характер и объем прав и обязанностей этих территорий или групп территорий в региональных комитетах определяются Ассамблеей здравоохранения по консультации с членом Организации или иной властью, ответственной за международные отношения означенных территорий, и со странами-членами данной области»⁸. Однако на практике региональные комитеты ВОЗ не имеют таких ассоциированных членов.

В уставах небольшого числа международных организаций четко определено положение наблюдателя. Например, в Шанхайской организации сотрудничества (ШОС) имеется четыре страны со статусом наблюдателя — Индия, Пакистан, Афганистан и Монголия. В некоторых специализированных учреждениях ООН также установлен статус наблюдателя. Например, ЮНЕСКО в соответствии со своими Правилами процедуры может по решению, принятому большинством в две трети голосов, приглашать в качестве наблюдателей на определенные сессии Конференции или ее комиссий представителей международных организаций, в частности указанных в п. 4 ст. XI. Если Исполнительный совет предоставил таким международным неправительственным и полуправительственным организациям консультативный статус в соответствии с положениями п. 4 ст. XI, эти организации приглашаются направлять своих наблюдателей на сессии Генеральной конференции и ее комиссий)⁹ и МОТ (ст. 12) может предоставлять государствам этот статус. Статус наблюдателя (ст. 4) государству может предоставить также ЮНКТАД, Организация по охране прав интеллектуальной собственности (ВОИС) (ст. 6–7) и др. Хотя правовой статус стран-наблюдателей в международных организациях не определен, однако установлен своего рода мост между членами и не имеющими подобного статуса, вне зависимости от того есть ли какая-либо выгода для организации или наблюдателей.

Статус большинства стран-участниц не такой как у стран-организаторов, которые должны быть приняты в организацию в качестве новых членов. Это означает изменения в структуре международной организации, что предполагает урегулирование прав и обязанностей действующих членов организации. Поэтому отношение международных организаций к вопросам приема новых членов очень серьезно. В уставах всех организаций подробно устанавливаются порядок и условия приема новых членов.

¹ См.: Международное право: учебник / под ред. Л.Н. Шестакова. М., 2005. С. 141.

² См.: Там же. С. 143–144.

³ *Мей Сяокань*. Членство в международных организациях. Пекин, 1986. С. 15.

⁴ *Боуэнт Д.В.* Право международных организаций. Лондон, 1982. С. 382–421.

⁵ *Лян Си*. Современные международные организации. Ухань, 1984. С. 4.

⁶ Польский ежегодник международного права. 1970. *Мей Сяокань*. Указ. соч. С. 17.

⁷ См.: Международное право: сборник документов / отв. ред. А.Н. Талалаев. М., 2000. С. 131.

⁸ <http://www.wto.int/ru/> (дата обращения: 3.09.2008).

⁹ <http://typo38.unesco.org/ru/unesco-home/organization/about-unesco-srctc/constitution.html> (дата обращения: 3.09.2008).

А.В. Волков

КЛАССИФИКАЦИЯ ФОРМ ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЯ ГРАЖДАНСКИМИ ПРАВАМИ

Злоупотребление гражданским правом — особый вид гражданского правонарушения, связанного с умышленным выходом управомоченного лица за внутренние пределы (смысл, назначение) субъективного гражданского права (определяемые в т. ч. критериями разумности и добросовестности) для достижения своей незаконной скрытой цели с использованием юридического формализма гражданского права как то пробелы, оговорки, недостатки, узость, противоречия правовых норм и договорных условий.

Статья 10 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ), как известно, наряду с шиканой содержит ссылку на злоупотребление правом «в иных формах». Отсюда вытекает ряд важных вопросов. Идет ли речь о шикане и ее формах либо законодатель имеет в виду другие формы злоупотребления правом, кроме шиканы? Наличествуют ли вообще другие формы, кроме шиканы? Не сделал ли законодатель в этой связи ссылку на «иные формы», поскольку не смог привести внятные примеры этих форм? Являются ли недобросовестная конкуренция и злоупотребление доминирующим положением, упоминаемые в ст. 10 ГК РФ, формами злоупотребления правом?

Исходя из последовательного анализа содержания статьи 10 ГК РФ, законодателем запрещены следующие формы реализации права: а) шикана — действие лица с четким намерением, т. е. с прямым умыслом причинить вред другому лицу (редкое явление в праве); б) использование лицом своих гражданских прав в целях ограничения конкуренции; в) злоупотребление доминирующим положением на рынке, т.е. создание монополистами благоприятных для себя условий в ущерб своим контрагентам или, что опаснее, потребителям; г) любые другие формы злоупотребления правом, не попадающие под классификацию первых трех случаев.

Проводя практический анализ, многие современные авторы под формами злоупотребления правом понимают конкретные практические случаи, выявленные судебной практикой и составляющие бесконечное многообразие форм. Часть цивилистов, наоборот, только с шиканой отождествляют единственную форму злоупотребления правом, а все остальные случаи относят к коллизионным проблемам самих юридических норм. Это слишком упрощенное понимание всей проблемы злоупотребления правом либо просто нежелание ее признавать. Шикана в своем объективном смысле не является, как думают ряд авторов, единственной формой злоупотребления правом. Интеллект человека развивается семимильными шагами и вместе с ним развиваются и формы использования права «во зло». Для современного уровня просто «шиканисть», т.е. причинять кому-то вред «без интереса», в угоду своему удовольствию —

© А.В. Волков, 2009
Кандидат юридических наук, адвокат (г. Волгоград)

это слишком явное и в силу этого невыгодное занятие. Проблема злоупотребления правом охватывает гораздо более широкий пласт, чем банальная шикана.

В большинстве учебников гражданского права и комментариях к ГК РФ использование гражданских прав в целях ограничения конкуренции и злоупотребление доминирующим положением на рынке принято относить к конкретным формам злоупотребления правами. Однако при внимательном изучении ст. 10 ГК РФ становится ясно, что в ходе анализа невозможно выделить признаки, по которым были классифицированы эти формы: в первом случае речь идет о преследовании незаконной *экономической цели* — ограничении, т. е. воспрепятствовании конкуренции, а во втором — злоупотреблении доминирующим, т. е. преимущественным *положением* (а не гражданским правом). К тому же, если учесть, что анализируемые «формы» злоупотребления правом создавались в 1992–1994 гг., то необходимость включения их в ст. 10 ГК РФ можно объяснить острой экономической потребностью немедленного регулирования рынка «дикого» капитализма 90-х гг., когда ждать принятия специального закона о конкуренции представлялось долгой процедурой, а серьезность экономической ситуации диктовала срочное реагирование на эту проблему. Сегодня, на наш взгляд, наличие современного законодательства о конкуренции полностью выводит исследуемые категории из-под «юрисдикции» проблемы злоупотребления гражданскими правами.

Но что же тогда остается, кроме шиканы? Какие формы злоупотребительного поведения? Ответы на эти вопросы лежат далеко не на поверхности гражданского законодательства.

В теоретическом плане классификацию форм злоупотребления правами можно проводить по различным признакам: а) в зависимости от вины; б) в зависимости от вида причиненного вреда; в) по субъектному составу; г) по предметам злоупотреблений (по видам имущества); д) по объектам злоупотреблений (власть, право, интересы); е) в зависимости от источника возникновения злоупотребительных ситуаций; ж) по объему в содержании юридических норм; з) по внешним критериям — разумность, добросовестность и т. п.; и) в зависимости от цели; к) в зависимости от средств злоупотребления и т. д.

Нам же необходимо выбрать те типичные признаки злоупотребительного поведения, которые, так или иначе варьируясь, в совокупности не выходят за рамки самого понятия «злоупотребление гражданским правом» и отражают его специфические стороны, облегчающие процедуру распознавания и квалификации злоупотребительных актов. Необходимые признаки злоупотребления правом, как уже говорилось¹, включают в себя: а) наличие скрытой, запретной цели в недобросовестном поведении субъекта, что свидетельствует о четкости намерения, т. е. о прямом умысле; б) использование в качестве средства для злоупотребления само гражданское право (правомочие) либо обязанность; в) отсутствие специальных гражданско-правовых норм, непосредственно регулирующих спорное правоотношение, т. е. исключительность действия ст. 10 ГК РФ.

При несомненной сложности задачи все же рискнем предложить, исходя из практической значимости, следующие классификации «внутренних» форм злоупотребления правами: 1) исходя из средств злоупотребления правом; 2) исходя из цели злоупотребительных актов.

Средство злоупотребления правом — это то или иное гражданское право (обязанность), а в технико-юридическом плане — та или иная норма либо часть нормы, либо совокупность норм в гражданском праве, внешне опираясь на которые, лицо осуществляет недобросовестные действия. Классификация этих средств путем их детализации, на наш взгляд, образует следующие четыре формы злоупотребления правом: а) злоупотребление правом собственности; б) злоупотребление неимущественными правами (требованиями) (и в особенности злоупотребление правом на свободу заключения договоров и формирование их условий); в) злоупотребление гражданско-правовыми обязанностями; г) злоупотребление правом на защиту (в т. ч. и возможностями ст. 10 ГК РФ).

Необходимость разделения злоупотребления правом на 4 формы объясняется, во-первых, теоретическим подразделением всех прав на вещные и обязательственные, а, во-вторых, особенностями самих злоупотребительных актов.

«Сильнейшее» право из всех субъективных гражданских прав — *право собственности* — является хорошей «опорой» управомоченному лицу, действующему для достижения своих незаконных целей под маской легального правоосуществления. Непокосимость,

неприкосновенность, неограниченность, чуть ли не «святой» характер права собственности создают немало иллюзий и злоупотребительных возможностей для участников гражданских правоотношений. «Собственнику, т.е. только мне, принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом», — провозглашает нарушитель, цитируя в подтверждение норму ст. 209 ГК РФ. При этом такой «собственник» забывает, что его «безграничное» право собственности не должно нарушать права, а также интересы других лиц (п. 2 ст. 209 ГК РФ).

Если под вещными отношениями в гражданском праве понимают прежде всего право собственности, то под обязательственными — право требования. Право требования обычно опирается на то или иное обязательство и составляет суть права на «чужое» действие. Огромнейший пласт при этом в *обязательственных злоупотреблениях* принадлежит «праву» на свободу заключения договоров, как предусмотренных так и не предусмотренных законами.

Сложность выявления анализируемой формы злоупотребления правом состоит в том, что договорное право в принципе имеет свой собственный юридический инструмент, пресекающий те или иные злоупотребления — это институт недействительности сделок. Однако и эти меры могут оказаться неэффективными, если средством злоупотребления правом становится то или иное условие договора, или, наоборот, само право на исковое требование о признании недействительной сделки либо ее части.

Злоупотребление гражданско-правовыми обязанностями образует одну из особых форм злоупотребления правом. Выполнение своих обязанностей составляет суть чужого права (требования). Обычное неисполнение обязанности влечет применение определенных мер гражданско-правовой ответственности к должнику. Однако в ряде случаев неисполнение может носить злоупотребительный характер и тогда оно становится «подведомственно» ст. 10 ГК РФ. Теоретическое обоснование своей позиции мы приводили ранее², но в плане пресечения возможного недобросовестного поведения обязанного лица показательна ст. 404 ГК РФ, предусматривающая практически обязанность кредитора предпринять все необходимые разумные меры, направленные на уменьшение убытков, причиняемых неисполнительностью должника. Закон предписывает кредитору добросовестно заботиться не только о своих интересах, но и об интересах должника, поскольку право на возмещение убытков не должно быть формальным и позволять злоупотреблять кому бы то ни было этой формальностью. Статья 406 ГК РФ устанавливает, что кредитор считается просрочившим, если отказался принять предложенное должником исполнение либо умышленно не создал возможность для исполнения должником его обязательства. «Специальный» характер приведенных норм не позволяет их напрямую относить к случаям злоупотребления правом в контексте ст. 10 ГК РФ, но подтверждает наш аргумент о том, что средством злоупотребления может быть как право, так и юридическая обязанность.

К форме злоупотребления гражданско-правовыми обязанностями чаще всего относятся и случаи злоупотребительного *бездействия*, когда субъект права, имея возможность к разумной обоюдной выгоде сторон реализовать свое право, тем не менее, недобросовестно бездействует, выискивая себе незаконные дополнительные выгоды и нанося убытки контрагенту. Такая ситуация может произойти, когда, например, кредитор, одновременно являясь должником по другому обязательству и имея возможность произвести зачет однородных встречных требований (ст. 410 ГК РФ), тем не менее, настаивает на удовлетворении своих требований, одновременно блокируя тем или иным способом исполнение своих обязательств. Аналогичная ситуация происходит при «затягивании» кредитором обращения в суд за защитой своего права, ожидая когда «подростут» суммы штрафных санкций.

Злоупотребление правом на защиту — одна из распространенных, но сложнейших форм злоупотребительного поведения. Способы защиты гражданских прав в общем плане перечислены в ст. 12 ГК РФ, а также непосредственно в самой ст. 10 ГК РФ. Нередки случаи, когда кредитор, обратившийся за защитой в суд, сталкивается со встречными требованиями должника, преследующими цель затянуть спор или уйти от ответственности. Так, например, в денежных требованиях должник (ответчик по делу) заявляет иск о признании договора, по которому он уже получил и использовал товар, недействительным по мотиву крупности сделки, ее заинтересованности и т.п. Недобросовестный заявитель встречного требования о

недействительности сделки обычно исполнение обязательства по сделке уже принял, но по определенным причинам не хочет делать встречного представления. Поэтому мотив отказа от выполнения своего обязательства у заявителя обычно один: «сделка недействительна, а значит мы ее не должны исполнять, а то, что такую же «недействительную» сделку уже исполнил контрагент, считаем его проблемой». У заявителя в этом случае нет действительного юридического интереса, кроме как выиграть время, попользоваться чужим имуществом, склонить контрагента к мировому соглашению, вместо товара вернуть компенсацию без денежной неустойки и т.п.

Ряд цивилистов возразит по приведенной форме злоупотребления правом, что она относится к области гражданского либо арбитражного процессуального права и должна регулироваться соответствующими процессуальными инструментами. Однако проблема состоит в том, что процессуальное право собственными юридическими средствами эту ситуацию решить не в состоянии, поскольку само является предметом злоупотребления.

Так, по одному из дел суд установил, что в акционерном обществе возник корпоративный конфликт в связи с попыткой «недружественного захвата предприятия». Об этом свидетельствовало параллельное существование двух реестров акционеров и двух систем органов управления, изменение юридического адреса с Московской области на Республику Калмыкия, отчуждение имущества, ликвидация юридического лица. Оспариваемые решения собрания были направлены на предотвращение захвата предприятия, а требования о признании этих решений недействительными — на создание условий для захвата. Недружественный захват, по постановлению суда, является формой злоупотребления правом и не подлежит судебной защите в силу ст. 10 ГК РФ. Поскольку иск о признании недействительными решений собрания от 14 марта 2003 г. является одним из составных элементов недружественного захвата, арбитражный суд отказал в его удовлетворении.

Таким образом, *правомочие на защиту*, составляющее юридическую суть каждого субъективного гражданского права, может использоваться субъектом злонаправленно — в ущерб законным интересам других лиц. Такие действия недобросовестной стороны необходимо квалифицировать как злоупотребление теми способами защиты, которые предоставлены заявителю в ст. 12 ГК РФ и пресекать их со ссылкой на ст. 10 ГК РФ.

Однако еще сложнее ситуация, когда злоупотребление правом на защиту происходит с использованием самой ст. 10 ГК РФ, с помощью которой теоретически можно поразить любое субъективное гражданское право, объявив, что оно выходит за пределы своего осуществления. В этом случае будет наблюдаться формализм права в своей наивысшей форме. Но и он должен быть преодолен с помощью системных инструментов гражданского права, не позволяющих правовой материи доминировать над своим собственным содержанием (ст. 1, 6 ГК РФ).

Классификация форм *злоупотребления правом по целям* вызывает особый интерес, поскольку именно скрытая и незаконная цель образует один из важнейших признаков злоупотребительного поведения.

В зависимости от цели злоупотребление правом предлагается подразделить на следующие формы: а) злоупотребление правом с единственным намерением, т.е. с исключительной целью — причинить вред другому лицу (шикана); б) злоупотребление правом с целью обогащения, т.е. с целью получения имущественной выгоды (наживы); в) злоупотребление правом с целью избегания (уклонения) от выполнения своих обязанностей; г) злоупотребление правом с целью воспрепятствования, блокировки реализации субъективных прав кредиторов на их защиту и восстановление.

Злоупотребление правом в форме шиканы как действия с исключительным намерением причинить вред другому лицу стало классическим примером злоупотребительного поведения. Некоторые ученые признают ее единственной формой злоупотребления правом и отсюда вслед за М.М. Агарковым делают вывод о наличии лишь проблемы коллизии гражданско-правовых норм. На наш взгляд, именно «яркость» шиканы (через исключительность намерения) сподвигло законодателя на размещение этой формы непосредственно в ст. 10 ГК РФ. Однако это отнюдь не исключает проявления других форм злоупотребления правом, кроме шиканы, поскольку причинение вреда другому лицу использованием права исключительно ради своего удовольствия это удел психически нездоровых людей и пред-

ставляет собой хотя и яркие, но редкие случаи. «Иные» формы злоупотребления правом будут не разновидностями шиканы, а параллельными ей формами и в рамках содержания исследуемого правонарушения.

За недобросовестным поведением чаще всего кроется «осознанная» цель — получение в том или ином виде имущественной выгоды. Общим принципом кондиции остается сформулированное Помпонием правило: «Согласно природе справедливо, чтобы никто не обогащался в ущерб другому лицу»³. *Злоупотребление правом с целью собственного обогащения* образует самостоятельную классификационную форму, при которой нарушителю безразлично по большому счету материальное либо психическое положение пострадавшего; он увлечен своей целью — обогатиться, в т. ч. с помощью имеющихся у него правовых средств.

Не случайно в дополнение к закрепленному в тексте ГК РФ принципу свободы договора судебная практика сформулировала принцип соразмерности, касающийся как ответственности сторон по договору, так и его условий. Он вытекает из сформулированного в Постановлении Конституционного Суда РФ от 23 февраля 1999 г. № 4-П принципа компенсационности, который наиболее ярко отражает назначение гражданского права в целом как действенного инструмента возмещения вреда субъекту в случае нарушения его прав, но без цели «наказать» нарушителя. В этой связи неверны, на наш взгляд, научные суждения о том, что закон индифферентен к судьбе должника, а всецело заботится о кредиторе. Должник не должен платить больше, чем реально потерял кредитор, поскольку в этом, на наш взгляд, заключается сущность гражданского права, выражающего реальное юридическое равенство свободных субъектов.

Как наиболее распространенную форму злоупотребления правом можно выделить действия лица с конкретной целью — *избегание, уклонение от выполнения своих гражданско-правовых обязанностей*. Но и в этом случае управомоченный субъект ссылается на ту или иную норму права (правомочие) либо условие договора, которые, по его мнению, не позволяют ему исполнить свою обязанность. При этом субъект имеет фактическую возможность исполнить свое обязательство.

Наиболее изощренной формой злоупотребленного поведения являются *действия с целью воспрепятствования, блокировки реализации субъективных гражданских прав кредиторов на их защиту и восстановление*. Чаще всего подобная форма реализуется при предъявлении кредитором в суд требования к должнику, который в качестве «возражения» при этом выдвигает те или иные встречные требования. В большинстве случаев данная форма представляет собой субъективную сторону злоупотребления правом на защиту, но иногда — собственные злоупотребительные схемы.

Особняком стоит проблема «обхода» норм закона, поскольку злоупотребление правом предполагает наличие у нарушителя в качестве средства злоупотребления того или иного гражданского права (или правомочия), на которое он формально опирается. Сделка, совершенная «в обход» закона, совершается внешне законными средствами, но цели преследует незаконные. Статья 30 ГК 1922 г. специально выделяла такой вид недействительных сделок, совершенных «в обход» закона. В ГК РФ указанный случай фрагментарно предусмотрен ст. 170 и квалифицируется как притворная сделка.

Следует согласиться, что «пороки мысли и пороки редакции» служат одной из причин использования права во вред интересам окружающих лиц. Возьмем, например, ст. 93 ГК РФ, не позволяющую участникам общества с ограниченной ответственностью продавать свои доли, предварительно не предложив ее купить остальным участникам общества. Поскольку нельзя продавать, то можно дарить. И под видом дарения эти доли все равно отчуждаются в обход установленного правила. Здравая норма ГК РФ, рассчитанная на защиту общества (предприятия) в целом, практически блокирована возможностью ее обхода. Такие действия участников в обход прав остальных участников в принципе являются злоупотреблением правом, но «подсудны» специальной ст. 170 ГК РФ.

При использовании злоупотребляющим лицом пробелов, ошибок, неясностей закона, на первый взгляд, нет и самого формального права, незаконно используемого нарушителем. Однако это только на первый взгляд. Управомоченное лицо, используя формализм правовой нормы, понимает не только то, что в ней написано, но и то, что в ней не написано и то, что в ней должно быть написано, но по каким-либо причинам отсутствует (например, правовая норма

в силу своей абстрактности и, следовательно, содержательной бедности лишь подразумевает какой-либо запрет). Нарушитель в данных случаях использует недостатки самих правовых норм, говоря в свое оправдание: «Эта норма не запрещает мне напрямую совершить такие-то действия». Однако цель любой гражданско-правовой нормы имманентно увязана с целями других норм и с целями гражданского права в целом. Используя юридические пробелы и другие недостатки в норме закона, управомоченное лицо злоупотребительно использует ее внешний формализм в отрыве от ее содержания, от системной связи с другими нормами гражданского права.

¹ Подробнее об этом см.: Волков А.В. Теория концепции «Злоупотребление гражданскими правами». Волгоград, 2007.

² См.: Там же.

³ Дигесты. 12.6.14. С. 215.

А.М. Гаврилова

РАЗГРАНИЧЕНИЕ ДОГОВОРА ПОСТАВКИ С НЕКОТОРЫМИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫМИ ДОГОВОРАМИ ПО ПРЕДМЕТУ ПОСТАВКИ И ЦЕЛИ ЕГО ИСПОЛЬЗОВАНИЯ

Участники гражданских правовых отношений и арбитражные суды нередко допускают ошибки при определении правовой природы заключенного договора, вследствие чего выносятся необоснованные решения. В абз. 1 п. 5 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 октября 1997 г. № 18 «О некоторых вопросах, связанных с применением положений Гражданского кодекса Российской Федерации о договоре поставки»¹ разъясняется, что, квалифицируя правоотношения участников спора, судам необходимо исходить из признаков договора поставки, предусмотренных ст. 506 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ), независимо от наименования договора, названия его сторон либо обозначения способа передачи товара в тексте документа.

Статья 506 ГК РФ определяет поставку как договор, в силу которого *поставщик — продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, обязуется передать в обусловленный срок или сроки производимые или покупаемые им товары покупателю для использования в предпринимательской деятельности или в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием*.

Приведенное определение является неполным и лишь содержит *признаки договора поставки*, позволяющие отличить его от других видов договора купли-продажи и от смежных договоров (состав сторон договора, особенности подлежащего передаче товара, цель его использования и др.).

К *видовым признакам* относится, в частности, особая цель использования товара, являющегося предметом договора поставки, а именно — использование в предпринимательской деятельности или в иных целях², не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием. Следовательно, товар по договору поставки приобретает, как правило, для дальнейшего производительного потребления (например, для производственной, торговой или иной профессиональной деятельности). В результате же личного и другого бытового, т.е. непроизводительного потребления, товар как определенная стоимость прекращает свое существование. В этой части ГК РФ приблизился к международному договору купли-продажи товаров. Так, в п. «а» ст. 2 Венской конвенции предусмотрено, что указанная статья не применяется к продаже товаров, которые приобретаются для личного, семейного или домашнего использования. Целевое использование приобретаемых покупателем товаров

© А.М. Гаврилова, 2009

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Саратовской государственной академии права.

является квалифицирующим признаком договора поставки и по законодательству некоторых стран СНГ³.

При этом имеется в виду именно цель приобретения товара, а не обычное предназначение для потребительского использования⁴: одно и то же имущество может быть как предметом купли-продажи (к примеру, гражданин или индивидуальный предприниматель приобретают стол для личного, семейного использования), так и предметом договора поставки (партия таких же столов приобретает гражданином-предпринимателем для последующей перепродажи)⁵. Под целями, не связанными с личным использованием, понимается и приобретение покупателем товаров для обеспечения его деятельности в качестве организации или гражданина-предпринимателя (оргтехники, офисной мебели, транспортных средств, материалов для ремонтных работ и т.п.)⁶.

Кроме того, исходя из буквального толкования ст. 506 ГК РФ, предметом поставки могут быть товары, только *производимые* или *закупаемые* поставщиком. Однако этот вопрос в юридической литературе является дискуссионным. По мнению одних авторов, толкование должно быть расширительным⁷, по мнению других, которое представляется более обоснованным, — буквальным⁸. Согласно п. 2 ст. 455 ГК РФ предметом договора купли-продажи может быть как товар, имеющийся в наличии у продавца в момент заключения договора, так и товар, который будет *создан* или *приобретен* продавцом в будущем⁹. Трудно согласиться с мнением В. Анохина, что обязательным признаком договора поставки является отсутствие предмета договора на момент его заключения¹⁰. Поскольку нормы § 3 гл. 30 ГК РФ такого ограничения не содержат (не было их и в Основах гражданского законодательства 1991 г.), на договор поставки распространяются положения п. 2 ст. 455 ГК РФ: договор может быть заключен на куплю-продажу товара, имеющегося в наличии у продавца в момент заключения договора, а также товара, который будет создан или приобретен продавцом в будущем, если иное не предусмотрено законом или не вытекает из существа обязательства.

Между тем в ст. 506 ГК РФ речь идет лишь о *производимых* или *закупаемых* товарах. На наш взгляд, использование законодателем для договора поставки термина «*закупаемый товар*», который по своему содержанию уже термина «*приобретенный товар*»¹¹, не случайно. Иначе не было бы необходимости специально включать этот признак в определение договора поставки, к которому общие положения о купле-продаже применяются субсидиарно как к виду указанного договора¹².

Покупателем по договору *розничной купли-продажи* обычно выступает гражданин. Вместе с тем юридические лица и индивидуальные предприниматели также могут приобретать товары по договору розничной купли-продажи, поскольку закон не предъявляет к покупателю специальных требований. Поэтому представляется спорным мнение, что «розничная торговля возможна только с физическими лицами»¹³.

При этом возникает вопрос, как квалифицировать правоотношения сторон, если юридические лица или гражданин-предприниматель приобретают товары в розничной торговой сети не для предпринимательских, а иных целей, но не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием? Необходимость определения природы договора (поставка или розничная купля-продажа) возникает именно в этом случае¹⁴, поскольку, как отмечалось, и по договору поставки товары могут приобретаться для аналогичных целей.

В литературе высказано мнение, что «...если товар оплачен по безналичному расчету физическим лицом, это розничная торговля; если товар оплачен по безналичному расчету от имени юридического лица, это оптовая торговля»¹⁵. Критериями разграничения розничной купли-продажи и поставки в этом случае являются форма расчетов между продавцом и покупателем и субъектный состав. Более правильным представляется разъяснение, содержащееся в п. 5 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 октября 1997 г. № 18, что отношения сторон по приобретению покупателем товаров для целей, не связанных с личным использованием, в т.ч. для обеспечения его деятельности в качестве организации или гражданина-предпринимателя, должны регулироваться нормами о розничной купле-продаже товаров. Такого же мнения придерживаются В.В. Витрянский¹⁶ и другие авторы¹⁷.

По договору розничной купли-продажи покупатель приобретает товар для личного, семейного, домашнего или иного использования, не связанного с предпринимательской деятельностью,

т.е. для целей, не связанных с производственной, торговой или иной профессиональной деятельностью. Здесь, так же как и по договору поставки, имеется в виду именно цель приобретения товара, а не его обычное предназначение для потребительского использования.

По мнению Н.И. Клейн, ст. 492 ГК РФ не определяет, в отличие от поставки и контрактации, целей, для которых приобретенный товар должен использоваться¹⁸.

На наш взгляд, в названной статье предмет договора (товар) характеризуется не указанием на его специфические свойства, особенности, а через определение целей его использования. Закон РФ от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей» (с изм. на 27 октября 2007 г.)¹⁹, регулирующий отношения по договору розничной купли-продажи с участием покупателя-гражданина в части, не урегулированной ГК РФ, определяет потребителя как гражданина, имеющего намерение заказать или приобрести либо заказывающего, приобретающего или использующего товары *исключительно для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности*²⁰. Таким образом, этот Закон не распространяется на потребителей — физических лиц, приобретающих товар не для личных (бытовых) нужд.

Сельскохозяйственная продукция может быть предметом различных гражданско-правовых договоров: купли-продажи, розничной купли-продажи, поставки, контрактации и т.п., поэтому возникает необходимость разграничения названных договоров.

Во-первых, предметом *контракта*ции является только *сельскохозяйственная продукция* (в поставке и иная продукция), которая *не подвергалась переработке либо прошла первичную обработку*²¹. Сложность определения природы заключенного договора отчасти вызвана отсутствием законодательно определенного понятия «сельскохозяйственная продукция» и единого мнения по этому вопросу в юридической литературе. Некоторые авторы считают, что контрактаться может не только сельскохозяйственная продукция и сырье, но и продукты ее переработки²². Представляется, что это положение будет верным лишь при совершении сделок по поставке сельскохозяйственной продукции для государственных или муниципальных нужд, предметом которых²³ является готовая для использования сельскохозяйственная продукция и продовольствие.

Во-вторых, передаче по договору контрактации подлежит только продукция, которая будет выращена (произведена), причем самим производителем сельскохозяйственной продукции, в то время как договор поставки может заключаться и на товары, имеющиеся в наличии на момент его заключения.

Вопрос об отнесении к предмету договора контрактации только будущей²⁴ сельскохозяйственной продукции является в литературе дискуссионным. По мнению В.В. Витрянского, контрактаться может не только будущая сельскохозяйственная продукция, но и продукция, уже имеющаяся у товаропроизводителя в момент заключения договора, если реализуется продукция, произведенная или выращенная «...непосредственно производителем сельскохозяйственной продукции в его собственном хозяйстве»²⁵.

Такая точка зрения представляется спорной. В соответствии со ст. 538 ГК РФ производитель сельскохозяйственной продукции отвечает лишь за виновное неисполнение либо ненадлежащее исполнение обязательств. Установленное законом отступление от общего правила повышенной (на началах риска) ответственности лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, вызвано необходимостью уравновесить положение более слабой стороны в договоре — производителя сельскохозяйственной продукции, подверженного повышенному риску ввиду особенностей сельскохозяйственного производства. Если исходить из того, что контрактаться может и продукция, уже имеющаяся на момент заключения договора контрактации, теряется смысл установления исключения из общего правила п. 3 ст. 401 ГК РФ, ведь в такой ситуации производитель сельскохозяйственной продукции перестает быть слабой стороной. А установление разных правил одного из условий наступления ответственности экономически равных субъектов гражданского права означало бы нарушение одного из основных начал гражданского права — принципа равенства субъектов регулируемых им отношений²⁶.

В-третьих, в законе указана особая цель приобретения сельскохозяйственной продукции ее заготовителем — переработка или продажа (п. 1 ст. 535 ГК РФ), т.е. цель использования продукции уже, нежели в договоре поставки.

В отличие от договора товары, приобретаемые покупателем по договору поставки, должны им использоваться только в целях, установленных ст. 506 ГК РФ, в то время как предмет договора мены может быть использован как в потребительских (что чаще всего встречается в отношениях с участием граждан), так и в коммерческих (между предпринимателями) целях. Таким образом, цель использования предмета не имеет значения для договора мены, что должно учитываться судами при разграничении договоров поставки и мены.

На практике возникают также проблемы разграничения договоров поставки и . Сходные между договором поставки и подряда отношения и, соответственно, необходимость их разграничения возникают, если либо в договор поставки, либо в договор подряда включаются условия об изготовлении товара из материалов покупателя (заказчика) и иные условия, характерные для одного из этих договоров. *Так, например, договор поставки продукции и материалов, согласно которому покупатель обязался авансировать производство стиральных машин путем поставки в адрес поставщика сырьевых материалов и комплектующих в качестве давальческого сырья, а также частичной оплатой путем перечисления денежных средств, суд апелляционной инстанции квалифицировал как смешанный, содержащий элементы поставки и подряда. Кассационная инстанция указала, что, определяя правовую природу заключенной сделки, суд первой инстанции правомерно расценил ее как договор поставки, применив при принятии судебного акта нормы § 3 гл. 30 ГК РФ²⁷.*

Отграничение договора поставки от договора подряда должно проводиться, в частности, по предмету договора: предмет поставки — товары, а подряда — работа и ее результат, т.е. вещь в договоре подряда является результатом выполненной подрядчиком работы. Соответственно договор, предмет которого — возмездное выполнение работ, должен быть отнесен к договору подряда. *По одному из дел решением суда первой инстанции были удовлетворены требования истца о взыскании расходов по производству технического казеина на том основании, что между сторонами заключен и исполнен договор купли-продажи. Апелляционная инстанция, на наш взгляд, обоснованно отменила это решение, поскольку совокупность документов и фактических обстоятельств дела свидетельствовали о заключении сторонами договора подряда, предметом которого было выполнение работ по выработке казеина по заданию заказчика из его материалов²⁸.* Однако результатом работы подрядчика может выступать не только вещь, но и иной результат труда, имеющий материальную (вещественную) форму (результат ремонта, химической чистки вещи и т.п.), в то время как предметом договора поставки может быть только вещь.

Кроме того, подрядчик обязан передать не любую вещь, а именно ту, которая является результатом его работы, что вытекает из обязанности подрядчика выполнить определенную заданием заказчика²⁹ работу и сдать ее результат. Напротив, в договоре поставки не имеет значения, будут ли товары изготовлены самим поставщиком или другим лицом, т.к. ст. 506 ГК РФ допускает поставку товаров как производимых самим поставщиком, так и закупаемых им у третьих лиц. Из сказанного можно также сделать вывод, что по договору подряда передаче подлежит только вещь, которая будет изготовлена в процессе исполнения договора подряда³⁰, а по договору поставки передаваться может и вещь, уже имеющаяся в наличии у поставщика на момент заключения договора (п. 2 ст. 455 ГК РФ). *Так, Президиум ВАС РФ отменил ранее принятые по делу судебные акты, неправомочно квалифицировавшие заключенный на изготовление двух траулеров договор как договор подряда и обоснованно определил его как договор поставки, поскольку отношения сторон сводились к передаче контрагенту судов, изготовленных до заключения договора³¹.*

Из указанной обязанности подрядчика выполнить определенную заданием заказчика работу и сдать ее результат можно также сделать вывод, что предметом договора подряда может быть только индивидуально-определенная вещь (иной овеществленный результат), а договора поставки — вещи, как правило, определяемые родовыми признаками, что подчеркивается в юридической литературе³². Однако *при рассмотрении одного из дел договор на изготовление и поставку хлебобулочных изделий в ассортименте из муки покупателя с ежесуточным графиком поставки, т.е. договор на поставку товаров, определенных родовыми признаками, был неверно квалифицирован как договор подряда³³.*

Закрепленный в п. 2 ст. 1 ГК РФ принцип свободы договора предоставляет сторонам право заключать договор, содержащий элементы различных договоров, — *смешанный договор.*

Участники гражданских правоотношений могут заключить смешанный договор, содержащий элементы поименованных договоров либо элементы поименованных и непоименованных договоров. К отношениям сторон по смешанному договору применяются в соответствующих частях правила о договорах, элементы которых содержатся в смешанном договоре, если иное не вытекает из соглашения сторон или существа смешанного договора.

¹ См.: Российская юстиция. 1998. № 4. С. 55–57.

² По мнению А.А. Серветника, «...к иным целям использования товаров... следует отнести цели, предусмотренные учредительными документами организации» (*Серветник А.А. Правоприменение в гражданско-правовых договорах по отчуждению имущества*. Саратов, 2005. С. 193–194, 195–196; *Он же. Применение легального определения поставки // Актуальные проблемы российского права: Материалы общероссийской научно-практической конференции (16 ноября 2006 г.)*. Краснодар, 2006. Вып. 1. С. 252).

³ См. ст. 476 ГК Республики Беларусь, п. 1 ст. 712 ГК Украины, ст. 458 ГК Республики Казахстан.

⁴ См., например: Венская конвенция о международной купле-продаже товаров: комментарий. М., 1994. С. 12 (автор — М.Г. Розенберг).

⁵ Поэтому представляется спорным высказывание, что к предмету договора поставки «может относиться специальная разновидность имущества — товар, предназначенный для предпринимательской деятельности или иных целей, не связанных с личным (семейным, домашним) потреблением» (*Брызгалин А. Договор поставки: Новое содержание в новой экономике // Хозяйство и право*. 1994. № 8. С. 34–38. С. 35).

⁶ См. абз. 2 п. 5 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 октября 1997 г. № 18.

⁷ См.: Гражданское право. Часть вторая: учебник / отв. ред. В.П. Мозолин. М., 2004. С. 55 (автор — В.П. Мозолин); Гражданское право: учебник. 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2001. Т. 2. С. 54 (автор — И.В. Елисеев).

⁸ См.: *Витрянский В.В. Договор купли-продажи и его отдельные виды*. М., 1999. С. 116; *Завидов Б.Д. Договорное право России*. М., 1998. С. 162; *Комиссарова Е.Г. Гражданское право: курс лекций*. Тюмень, 1998. С. 121; *Гражданское право: учебник. Ч. 2: Обязательственное право / под ред. В.В. Залесского*. М., 1998. С. 24 (автор — О.П. Зименкова); *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / под ред. О.Н. Садикова*. М., 1999. С. 74 (автор — Н.И. Клейн); *Пустозерова В.С., Соловьев А.А. Оформление поставки. Договор поставки*. М., 1998. С. 19.

⁹ Венская конвенция о международной купле-продаже товаров (п. 1 ст. 3) также содержит правило, устанавливающее, что договором купли-продажи является и договор на поставку товаров, которые подлежат изготовлению или производству, следовательно, её действие распространяется не только на договоры поставки товаров, уже существующих в момент его заключения. Продажа будущих товаров предусмотрена и ст. 2-106 Единообразного торгового кодекса США.

¹⁰ См.: *Анохин В. О соотношении договоров купли-продажи и поставки // Хозяйство и право*. 1993. № 1. С. 97–98.

¹¹ Поставщик может приобретать право собственности на товары и другими способами, например, в результате переработки, правопреемства при реорганизации юридического лица, по договору мены.

¹² А.А. Серветник предлагает: «Во избежание распространительного толкования предмета договора поставки... уточнить редакцию ст. 506 ГК, поместив в ней вместо «закупаемые» слово «приобретаемые»» (*Серветник А.А. Правоприменение в гражданско-правовых договорах по отчуждению имущества*. С. 209). Однако глаголы «делать», «производить», «создать» — это синонимы, поэтому при замене слова «закупаемые» на «приобретаемые» сотрутся различия между общими положениями договора купли-продажи (п. 2 ст. 455 ГК РФ) и договора поставки (ст. 506 ГК РФ) и будет излишним повторение измененного словосочетания «производимые или приобретаемые», как предлагает А.А. Серветник в ст. 506 ГК РФ. Кроме того, в этом случае будет утрачен один из признаков договора поставки, включенный законодателем в определение рассматриваемого договора.

¹³ *Медведев А. Чем торговля розничная отличается от оптовой? (Парадоксы ведомственного «нормотворчества») // Хозяйство и право*. 1998. № 8. С. 62.

¹⁴ В комментарии Венской конвенции указывается на возможность возникновения в практике трудностей при использовании цели покупки товара в качестве критерия разграничения договоров коммерческой и обычной купли-продажи, не подпадающей под действие Конвенции (*Honnold J. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*. Kluwer, 1991. P. 97–98).

¹⁵ *Медведев А. Указ. соч.* С. 66.

¹⁶ *Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Кн. 2: Договоры о передаче имущества*. М., 2000. С. 77.

¹⁷ См., например: *Серветник А.А. Правоприменение в гражданско-правовых договорах по отчуждению имущества*. С. 194; *Гусева Т.А., Коротченкова О.В. Особенности договора поставки: налоговые и бухгалтерские аспекты // Законодательство*. 2000. С. 39.

¹⁸ См.: *Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / под ред. О.Н. Садикова*. С. 54.

¹⁹ См.: СЗ РФ. 1996. № 3, ст. 140; 1999. № 51, ст. 6287; 2002. № 1, ч. 1, ст. 2; 2004. № 35, ст. 3607; № 45, ст. 4377; № 52, ч. 1, ст. 5275; 2006. № 31, ч. 1, ст. 3439; № 43, ст. 4412; № 48, ст. 4943; 2007. № 44, ст. 5282.

²⁰ А.А. Серветник отмечает, что «для устранения двоякого толкования нормы п. 1 ст. 492 ГК из ее текста целесообразно исключить слово «предназначенный», что перенесет акцент на потребительскую цель использования приобретаемого по договору розничной купли-продажи товара» (*Серветник А.А. Применение легального определения поставки*. С. 26).

²¹ В.П. Мозолин указывает, что предметом договора контрактации является сельскохозяйственная продукция, не подвергшаяся переработке (см.: *Гражданское право. Часть вторая: учебник / отв. ред. В.П. Мозолин*. С. 73).

²² См.: *Гражданское право: учебник / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого*. Т. 2. С. 74 (автор — И.В. Елисеев); *Гражданское право: учебник. Ч. 2 / под ред. Ю.К. Толстого*. М., 1987. С. 90 (автор — Н.Ю. Линникова).

Ю.В. Романец считает, что переработанная сельскохозяйственная продукция может быть предметом контракции, если ее переработка осуществлена самим производителем продукции (см.: *Романец Н.В.* Система договоров в гражданском праве России. М., 2001. С. 289). По мнению А.А. Серветника, «...если переработка скоропортящейся сельскохозяйственной продукции производителем связана, в частности, с отсутствием у него необходимых условий для хранения продукта до его передачи заготовителю, то нет оснований не признавать такую переработанную продукцию предметом договора контракции» (*Серветник А.А.* Указ. соч. С. 225).

²³ См. ч. 3 ст. 1 Федерального закона от 2 декабря 1994 г. № 53-ФЗ «О закупках и поставках сельскохозяйственной продукции, сырья и продовольствия для государственных нужд» (с изм. и доп. от 10 января 2003 г., 2 февраля 2006 г.) // СЗ РФ. 1994. № 32, ст. 3303; 2003. № 2, ст. 167; 2006. № 6, ст. 636.

²⁴ Стронником такой точки зрения является, например, В.П. Мозолин. См.: *Гражданское право. Часть вторая: учебник / отв. ред. В.П. Мозолин.* С. 72.

²⁵ *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Указ. соч. С. 128; *Витрянский В.В.* Указ. соч. С. 149.

²⁶ Следует согласиться с мнением А.А. Серветника о целесообразности уточнения легального определения договора контракции, «...заменив в п. 1 ст. 535 ГК слова “выращенную (произведенную)” на “подлежащую выращиванию (производству)”». *Серветник А.А.* Правоприменение в гражданско-правовых договорах по отчуждению имущества. С. 227).

²⁷ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Волго-Вятского округа от 22 декабря 2004 г. № А43-5538/2004-28-152 // СПС «Гарант-Максимум».

²⁸ См.: *Федоренко Н.В., Пипник Т.Д.* Обзор практики пересмотра апелляционной инстанцией Арбитражного суда Ростовской области актов, вынесенных судом первой инстанции // *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ.* 1999. № 1. С. 77–78.

²⁹ Основанием отмены решения суда и постановления апелляционной инстанции в части отказа во взыскании долга в сумме 162 000 руб. — части уплаченного во исполнение договора аванса явилось неправильное определение природы заключенного договора. Суд апелляционной инстанции пришел к ошибочному выводу, что договор на изготовление и поставку двух камер является договором поставки, а на изготовление третьей камеры — договором подряда. Судебный акт был основан на заявлении ответчика о том, что третья камера является несерийной продукцией и изготавливается только по специальному заказу. Суд кассационной инстанции указал, что подрядные отношения при изготовлении вещи возникают, когда вещь изготавливается по индивидуальному проекту заказчика, а не по заявке заказчика на изготовление вещи. Поскольку ответчик не представил суду доказательств того, что третья камера подлежала изготовлению на основании представленной истцом технической документации, отношения по договору сторон регулируются не правилами договора подряда, а поставки товаров. См.: Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 26 апреля 2007 г. по делу № А12-15388/2005 // СПС «Гарант-Максимум» (дата обращения: 10.12.2008).

³⁰ На невозможность совпадения момента совершения сделки и момента выполнения предусмотренных договором подряда работ указывал, в частности, О.С. Иоффе (см.: *Иоффе О.С.* Советское гражданское право. Отдельные виды обязательств: курс лекций. Л., 1961. Т. 2. С. 159).

³¹ См.: Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 10 февраля 1998 г. № 5341/97 // *Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ.* 1998. № 5. С. 49–50.

³² См.: *Тархов В.А.* Советское гражданское право. Саратов, 1979. Ч. 2. С. 74; *Брагинский М.И.* Договор подряда и подобные ему договоры. М., 1999. С. 19, 21, 29–30; *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 3: Договоры о выполнении работ и оказании услуг. М., 2002. С. 30; *Гражданское право. Т. 2 / под ред. В.А. Рясенцева.* М., 1976. С. 148 (автор — В.Г. Вердников); *Гражданское право. Часть вторая: учебник / отв. ред. В.П. Мозолин.* С. 288 (автор — А.А. Рябов).

³³ См.: Архив Арбитражного суда Саратовской области за 1999 г. Дело № 5081/99-7-5-25.

Т.Л. Давидович

ЮРИДИЧЕСКАЯ ПРИРОДА ПРАВА ПОЛЬЗОВАНИЯ ЖИЛЫМ ПОМЕЩЕНИЕМ ЧЛЕНАМИ СЕМЬИ СОБСТВЕННИКА

Природа права пользования жилым помещением членами семьи собственника определяется неоднозначно, что негативно отражается на правах членов семьи, т.к. без четкого определения природы права нельзя выработать единый подход к его реализации и значит обеспечить права членов семьи.

Исследуемое право в юридической литературе именуется по-разному. Одни авторы называют его правом пользования жилым помещением¹, другие — правом проживания². Используется также понятие «право на жилище»³, которое закреплено в Конституции РФ (ст. 40). Понятие «право пользования жилым помещением» используется в ст. 31 Жилищного кодекса РФ и ст. 292 Гражданского кодекса РФ (далее — ГК РФ).

© Т.Л. Давидович, 2009

Аспирант кафедры гражданского права Саратовской государственной академии права.

В связи с этим в юридической литературе отмечается разноотраслевая принадлежность категорий «жилище» (государственно-правовая (конституционная) отрасль права) и «жилое помещение» (преимущественно гражданское и жилищное право), а следовательно, различная природа права на жилище и права на жилое помещение. При этом данные категории взаимосвязаны, поскольку реализация конституционного права на жилище осуществляется в различных по отраслевой природе правоотношениях, в т. ч. в нормах гражданского и жилищного законодательства⁴.

По поводу природы права пользования жилым помещением членами семьи собственника высказываются различные точки зрения. Ряд авторов признают исследуемое право вещным⁵. Другие исследователи этого вопроса высказываются за смешанную вещно-обязательственную природу рассматриваемого права⁶. По мнению Р.А. Герасимова, данное право является обязательственным⁷.

Наличие различных взглядов на природу исследуемого права говорит о необходимости определить, отвечает ли данное право признакам вещного, обязательственного права, имеет смешанный характер. Для этого необходимо обратиться к исследованию признаков вещного права. В юридической литературе предлагается различный набор признаков⁸. Как справедливо указывает Ю.К. Толстой, не все эти признаки обязательно одновременно присутствуют в любом вещном праве⁹.

Однако для разграничения вещных и обязательственных прав необходимо базироваться на признаках, индивидуализирующих вещное право, т.е. присущих любому вещному праву. Так, А.Н. Латыев предлагает различать признаки вещных прав и их черты, проявляющиеся в особенностях вещно-правового режима. При таком подходе признаками, раскрывающими сущность вещных прав, являются материальность их объектов и абсолютность вещных прав¹⁰. В целом, соглашаясь с приведенной точкой зрения, необходимо отметить следующее: постоянные признаки вещного права – это признаки, обусловленные его юридической природой, поскольку юридическая природа отражает сущность явления, индивидуализирует его. Поэтому признаки абсолютности права и материальности его объекта предлагаем именовать признаками, обусловленными юридической природой вещного права. Другие же признаки (признак следования, специфика вещно-правовых способов защиты и др.) поддаются конструированию законодателем, т.е. обусловлены правовым режимом вещного права. Следовательно, вещное право характеризуется, во-первых, признаками, определяемыми его юридической природой, и, во-вторых, признаками, обусловленными его правовым режимом.

В качестве признаков обязательственного права, позволяющих отграничить его от вещного, можно рассматривать относительный характер данного права, а также объект права — действие¹¹.

О вещном характере права пользования жилым помещением членами семьи собственника говорит абсолютный характер возможностей, заложенных в его содержании, т.е. их право может быть нарушено всяким и каждым и защищается против неопределенного круга лиц с помощью вещно-правовых способов защиты. Объектом исследуемого права является жилое помещение. Таким образом, право пользования жилым помещением членами семьи собственника обладает двумя постоянными признаками вещного права: абсолютностью, материальностью объекта. Использование в качестве критериев отграничения вещного права членом семьи от обязательственного признаков абсолютности права и материальности объекта позволяет четко их разграничивать. Поэтому право пользования жилым помещением членами семьи собственника имеет вещную природу и не содержит обязательственных элементов.

Одним из признаков вещного права является признак следования, до внесения изменений в ч.2 ст. 292 ГК РФ присущий праву членом семьи, т.е. при смене собственника право членом семьи на жилое помещение сохранялось. Однако в интересах экономического оборота, увеличения оборотоспособности жилых помещений законодатель отменил данный признак. Поэтому определение юридической природы и тесно связанного с ней правового режима права пользования жилым помещением членами семьи собственника не будет полным без исследования вопроса, связанного с влиянием отмены признака следования на природу и режим рассматриваемого права. В этой связи представляется наиболее верным рассмотрение признака следования в качестве признака вещного права, обусловленного его правовым

режимом, поскольку «правовой режим — это особый порядок правового регулирования, выражающийся в определенном сочетании юридических средств и создающий желаемое социальное состояние и конкретную степень благоприятности либо неблагоприятности для удовлетворения интересов субъектов права»¹². Из приведенного определения можно сделать вывод, что он устанавливается государством в интересах субъектов права, т.е. данная категория соприкасается с публичными и частными интересами, что позволяет исследовать признак следования с учетом указанных интересов. Для этого необходимо сравнить право пользования жилым помещением членами семьи собственника, право пользования жилым помещением по завещательному отказу и право пользования жилым помещением получателя ренты. Выбор именно этих прав обусловлен тем, что в юридической литературе они признаются вещными, имеют объектом жилое помещение и в отличие от права пользования жилым помещением членами семьи собственника обладают признаком следования.

Праву получателя ренты и праву отказополучателя присущ признак следования, поскольку он, обременяя право собственности, направлен на обеспечение стабильности экономического оборота. Так, признак следования права пользования жилым помещением получателя ренты обеспечивает его права по договору. Что касается права отказополучателя, признак следования гарантирует выполнение воли завещателя.

В то же время, чтобы повысить привлекательность жилых помещений на рынке жилья и обеспечить интересы экономического оборота, в отношении права членов семьи признак следования отменен законодателем. Однако отмена признака следования негативно отражается на правах членов семьи, поскольку жилое помещение может быть для них единственным.

Таким образом, исключив признак следования, законодатель, не меняя его юридической природы, изменил режим права пользования жилым помещением членами семьи собственника. Однако он не смог сделать его соответствующим балансу публичных и частных интересов, поскольку интересы собственника и стоящие за ним экономические интересы ставит выше интересов семьи как основного, базового института общества. Значимость семьи для государства закрепляется в Конституции РФ (ч. 2 ст. 7, ч. 1. ст. 38). В Указе Президента РФ от 14 мая 1996 г. № 712 «Об основных направлениях государственной семейной политики» (в ред. от 5 октября 2002 г.) говорится о ценности и важности семьи для жизни и развития человека, общества¹³.

Следовательно, забота о семье — обязанность государства. Семья представляет публичный интерес, наряду с развитием экономического оборота, который обеспечивает воспроизводство вещей, а семья способствует воспроизводству личности. Представляется, что в системе личность — вещь преимущество должно отдаваться личности.

Кроме того, необходимо учитывать взаимосвязь права на жилище и права на жилое помещение, поскольку при прекращении права пользования жилым помещением членами семьи собственника, когда оно является для них единственным, прекращается и право на жилище. Тем самым нормы частного права (в данном случае гражданского права) начинают регулировать отношения, которые могут быть урегулированы только нормами публичного права.

Поэтому ч. 2 ст. 292 ГК РФ необходимо изложить в следующей редакции: «Переход права собственности на жилой дом или квартиру к другому лицу не является основанием для прекращения права пользования жилым помещением членами семьи прежнего собственника, если у них отсутствует другое жилое помещение на праве собственности, предназначенное для постоянного проживания и отвечающее санитарным и техническим требованиям. Иное может быть установлено соглашением в письменной форме между собственником и членами его семьи».

Совершеннолетние члены семьи собственника, проживающие совместно с ним, могут быть выселены на основании решения суда по требованию собственника в другое жилое помещение, предназначенное для постоянного проживания, отвечающее санитарным и техническим требованиям, приобретенное им за счет собственных средств».

Указанные изменения помогут обеспечить баланс интересов собственника и членов его семьи. Хотя следование прав членов семьи за жилым помещением и обременяет право собственности, у собственника есть возможность заключить соглашение с членами семьи и таким образом сделать жилое помещение свободным от их прав. С другой стороны, если

члены семьи откажутся заключать такое соглашение, они могут быть выселены на основании решения суда в жилое помещение, приобретенное собственником, что лишает членов семьи возможности злоупотреблять своим правом.

¹ См.: *Корнилова Н.В.* Право пользования жилым помещением членами семьи собственника // Правовые вопросы недвижимости. 2006. № 2 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.05.2008); *Гришаев С.П.* Право пользования жилым помещением членами семьи собственника // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.05.2008).

² См.: *Качалова И.В.* Право совместного проживания (жилищные права членов семьи собственника, нанимателя и члена жилищного кооператива) // Право и политика. 2005. № 12. С. 138.

³ См.: *Герасимов Р.А.* Конституционное право на жилище и механизм его реализации: Новое жилищное законодательство: учебное пособие / под ред. С.А. Комарова. СПб., 2005. С. 105.

⁴ См.: *Халдеев А.В.* Соотношение правовых категорий «жилое помещение» и «жилище»: теоретические и практические аспекты // Жилищное право. 2006. № 6. С. 40 // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.05.2008).

⁵ См., например: *Скловский К.И.* Применение гражданского законодательства о собственности и владении. Практические вопросы. М., 2004. С. 319; *Михеева Л.Ю.* Права членов семьи собственника жилого помещения: комментарий нового законодательства // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.05.2008); *Гришаев С.П.* Указ. соч.

⁶ См., например: *Потапова Н.С.* Вещные и обязательственные права граждан на жилые помещения: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 21.

⁷ См.: *Герасимов Р.А.* Указ. соч. С. 104–105.

⁸ См.: *Маттей У., Суханов Е.А.* Основные положения права собственности. М., 1999. С. 308; Гражданское право: учебник: в 3 т. 4-е изд., перераб. и доп. / Е.Ю. Валявина, И.В. Елисеев и др.; отв. ред. А.П. Сергеев, Ю.К. Толстой. М., 2004. Т. 1. С. 395.

⁹ См.: Там же.

¹⁰ См.: *Латышев А.Н.* Вещные права в гражданском праве: Понятие и особенности правового режима: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2004. С. 6.

¹¹ См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право: Общие положения. М., 1998. С. 223.

¹² *Матузов Н.И., Малько А.В.* Правовые режимы: вопросы теории и практики // Правоведение. 1996. № 1. С. 16–29.

¹³ См.: Российская газета. 1996. 21 мая.

Ю.В. Поднавознова

ПРАВОВОЕ ЗНАЧЕНИЕ ДОГОВОРА О РАЗВИТИИ ЗАСТРОЕННОЙ ТЕРРИТОРИИ: ДЕФИНИЦИИ, КОЛЛИЗИИ, ПЕРСПЕКТИВЫ ПРИМЕНЕНИЯ

Проблема повышения социально-экономической эффективности капитальных вложений за счет объединения органами власти средств и инвестиций юридических лиц для увеличения темпов и объемов жилищного и иного гражданского строительства остро стояла уже в советское время.

Важные правовые аспекты развития капитального строительства с привлечением средств социалистических организаций в СССР исследовались такими видными деятелями науки того периода, как А.М. Абрамович, С.С. Акманов, М.И. Барышев, Н.А. Безрук и др.

Указанная проблема требовала предварительного решения следующих вопросов: организационных форм управления строительством; эффективного слияния и использования централизованных и нецентрализованных источников финансирования капитального строительства; регулирования подрядных взаимоотношений в капитальном строительстве; создания правового института единого заказчика и формирования его правового статуса; правового определения юридической природы отношений, возникающих между единым заказчиком и участниками долевого строительства, их правовой регламентации¹.

По мнению С.С. Акманова, способом устранения имеющихся пробелов в законодательной практике могли бы стать разработка и внедрение Типового договора о передаче средств и

© Ю.В. Поднавознова, 2009

Аспирант кафедры земельного и экологического права Саратовской государственной академии права.

инвестиций и предоставлении в пользование объектов, построенных в порядке долевого участия², направленного на привлечение лиц, способных в силах осуществить не столько «капитальное строительство», сколько «капитальное вложение» в комплексное развитие строительной индустрии³.

В современном законодательстве подобные правоотношения объединены в рамках договора о развитии застроенной территории, который был введен в действие Федеральным законом от 18 декабря 2006 г. № 232-ФЗ «О внесении изменений в Градостроительный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»⁴.

Развитие застроенной территории является новой правовой категорией, вводяимой законодателем в юридический оборот. Такое нововведение, видимо, обусловлено его стремлением упорядочить процесс градостроительства в сегменте точечной городской застройки, установить определенную процедуру ликвидации аварийного и ветхого жилищного фонда за счет частных инвестиций⁵.

С точки зрения земельного, градостроительного, гражданского и жилищного законодательства очень важно выработать универсальное понятие развития застроенных территорий, т. к. этот институт самым непосредственным образом затрагивает права и законные интересы собственников и других владельцев земельных участков и жилых помещений.

Так, В.В. Глазов, например, формулирует понятие «развитие застроенных территорий» как комплекс организационных, правовых, строительных и связанных с ними мероприятий, проводимых в границах одного элемента планировочной структуры населенного пункта, направленных на повышение экономической и социальной эффективности, а также безопасности использования территории, отведенной под жилищное строительство⁶.

На наш взгляд, правовой институт «развитие застроенных территорий» следует рассматривать как совокупность правоотношений, регулируемых нормами земельного, градостроительного и гражданского права и направленных на реализацию конкретного проекта комплексного развития на застроенной территории, преимущественно размещающей аварийный и ветхий фонд, посредством его реконструкции, сноса и (или) нового строительства в целях обеспечения рационального использования земель поселений и безопасности проживания граждан.

Договор о развитии застроенной территории отягощен публичным элементом, что проявляется следующим образом: а) одной стороной договора всегда является публично-правовое образование; б) в договор в качестве встречных обязанностей публично-правового образования включены его властные полномочия; в) договор как на этапе заключения самого договора о развитии, так и на этапе его непосредственной реализации, обеспечен механизмами, исключающими принцип свободы договора (т.е. обусловлен административным режимом, который выражается не в изначальном неравноправном положении сторон, а в административном поведении органов власти внутри договорных отношений).

Договор о развитии застроенной территории является двусторонним. Одной стороной договора о развитии застроенной территории выступает победитель открытого аукциона или иное лицо в соответствии с пп. 25 и 28 ст. 46.3. Градостроительного кодекса РФ (далее — ГрК РФ). Другой стороной договора является орган местного самоуправления в лице главы муниципального образования⁷ или коллегиального органа исполнительной власти муниципального образования⁸, принявшего решение о развитии застроенной территории и обязавшегося создать все необходимые условия для реализации договора о развитии⁹.

Физическим или юридическим лицом, заключившим договор о развитии, может стать как застройщик, так и инвестор.

Следует заметить, что в договоре о развитии застроенной территории речь идет о т. н. частных застройщиках. Это субъекты, которые осуществляют застройку в целях реализации вновь создаваемой недвижимости заинтересованным в ней лицам. Понятно, что целью таких частных застройщиков является не обретение титула собственника вновь созданной недвижимости, а извлечение прибыли от своей деятельности по инициированию и осуществлению проекта застройки¹⁰.

Очевидно, что деятельность девелопера не связана с выполнением работ или оказанием услуг за плату. Однако в настоящее время она не имеет отражения в Общероссийском классификаторе видов экономической деятельности (ОКВЭД)¹¹ и не является объектом лицензирования¹².

Основные обязательства органов муниципальной власти, вытекающие из условий данного договора, являются непосредственными их полномочиями. Орган власти, заключая договор о развитии застроенной территории, выступает одновременно и в лице представителя собственника, и в лице суверена, хотя гражданско-правовые отношения исключают возможность использования принципа «власти-подчинения».

Это характеризует договор о развитии застроенной территории как публично-правовой, реализуемый в рамках управленческого процесса (административно-договорного). Однако в силу отраслевой принадлежности и объекта (предмета) правового регулирования он не может рассматриваться в качестве «административного договора»¹³.

С нашей точки зрения в данной ситуации происходит неправомерное изъятие функции управления земельными ресурсами из земельно-правовых отношений и ее внедрение в имущественные отношения по владению, пользованию, распоряжению земельными ресурсами как полноценными объектами гражданского оборота. Однако нельзя забывать о том, что в основе гражданского и земельного права лежат различные принципы¹⁴.

Для успешного введения договора о развитии застроенной территории в гражданский оборот, на наш взгляд, законодатель должен был ввести в качестве существенного условия договора о развитии застроенной территории «право распоряжения» (согласно условиям указанного договора «заключение договоров аренды или купли-продажи земельных участков», исключая полномочие по изъятию земельных участков для муниципальных нужд), а не «полномочие по управлению» земельными участками, обеспечивая при этом законность договорной конструкции.

Для строительства в границах территории, в отношении которой принято решение о развитии, соответствующие земельные участки предоставляются лицу, с которым органом местного самоуправления заключен договор о развитии застроенной территории по итогам аукциона на право заключить указанный договор, без проведения торгов в соответствии с земельным законодательством.

Введение в законодательство РФ аукциона, предметом которого выступает право заключить с органом местного самоуправления договор о развитии застроенной территории, правовым следствием которого является предоставление застроенных земельных участков на безвозмездной основе без проведения последующих торгов для дальнейшего комплексного развития конкретной территории, трансформировало сферу перераспределения земельных ресурсов РФ.

Отменяя проведение торгов на стадии предоставления земельных участков из государственной или муниципальной собственности, в границах соответствующей планировочной структуры, а также основной принцип земельного законодательства — принцип платности использования земли, законодатель компенсирует, консолидирует и преобразовывает их отсутствие в обязательную процедуру по проведению специализированного аукциона на право заключить договор о развитии.

Условия проведения аукциона на право заключения договора о развитии застроенной территории определены в ст. 46.3 ГрК РФ.

Согласно п. 26 ст. 46.3 ГрК РФ договор о развитии заключается на условиях, указанных в извещении о проведении аукциона. При заключении договора изменение условий аукциона на основании соглашения сторон такого договора или по требованию одной из его сторон не допускается.

По нашему мнению, законодательная формулировка «условия аукциона» требует некоторых уточнений в ракурсе соотношения с «условиями извещения», являющимися будущими условиями договора о развитии застроенной территории. В свою очередь, «условия аукциона», опуская структурное толкование п. 26 ст. 46.3 ГрК РФ, могут служить лишь условиями заключаемого между организатором и участниками договора о проведении аукциона.

Так, М.Е. Кукла рассматривает договор о проведении торгов как договор особого рода, предмет которого, равно как и права и обязанности участников, не подпадает ни под один из видов поименованных в законодательстве договоров. Соответственно, к отношениям сторон при разрешении споров должны применяться положения только Общей части ГК РФ¹⁵.

Как следует из п. 2 ст. 46.3 ГрК РФ, «в качестве организатора аукциона выступает орган местного самоуправления, принявший решение о развитии застроенной территории, или действующая на основании договора с ним специализированная организация».

Следует заметить, что Федеральным законом от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ, регулирующим инвестиционные отношения, связанные с капитальными вложениями, проведение аукциона на заключение договора о развитии не регламентировано. Однако согласно п. 1 ст. 8 указанного Закона отношения между субъектами инвестиционной деятельности осуществляются на основании инвестиционного договора, заключаемого в соответствии с гражданским законодательством.

Так, согласно ст. 447 ГК РФ, гражданский договор, в т. ч. инвестиционный, может быть заключен на торгах. В качестве организатора торгов может выступать только собственник вещи или обладатель имущественного права либо специализированная организация, действующая на основе соответствующих договоров.

Очевидно, что возникает коллизия, т. к. на момент проведения аукциона на право заключить договор о развитии застроенной территории орган муниципальной власти не является не только собственником, а даже законным правообладателем всего имущественного комплекса в целом, расположенного на конкретной территории, соответственно не обладает правом инициировать проведение данного аукциона. Последующее приобретение законных прав на объекты недвижимого имущества, подлежащие развитию, происходит в порядке исполнения заключенного договора по итогам проведения аукциона¹⁶.

Для частного инвестора положительная часть нововведений заключается в том, что аукцион проводится только один раз и только на право заключить договор о развитии застроенной территории в целом. Ведь если бы в этом случае применялись общие положения Земельного кодекса РФ, то для приобретения прав на все эти участки потребовалось бы проведение отдельных торгов по продаже прав на земельные участки для жилищного или иного строительства после проведения аукциона на право заключить указанный договор.

Помимо этого, вышеуказанное противоречие создает, согласно совокупному толкованию ст. 46.3 ГК РФ и ст. 447 ГК РФ, правовую конструкцию для поэтапного проведения нескольких аукционов на право заключить договор о развитии застроенной территории, что является, на наш взгляд, абсурдным.

Историко-правовой аспект развития капитального строительства нашего государства, основанного на объединении органами власти средств и инвестиций субъектов частного права в целях увеличения темпов и объемов жилищного и иного гражданского строительства в условиях ликвидации ветхого и аварийного фонда, свидетельствует о правильности выбранного органами власти курса реформ, касающихся создания централизованной системы управления строительством в рамках договора о развитии застроенной территории. Однако анализ перспектив теоретико-практического применения данного договора указывает на необходимость внесения изменений и дополнений в действующее законодательство для обеспечения единообразия практики применения, в частности, установление нормативного регулирования указанного договора нормами гражданского законодательства, устранение противоречий и пробелов в правовой регламентации договора нормами земельного и градостроительного законодательства.

¹ См.: Акманов С.С. Правовое регулирование отношений по привлечению на долевых началах средств социалистических организаций для жилищного и гражданского строительства. Иркутск, 1985; Барышев М.И. Правовые вопросы капитального строительства в СССР. М., 1958; Абрамович А.М. Исполкомы областных Советов: руководство капитальным строительством. Минск, 1978.

² См.: Акманов С.С. Указ. соч. С. 25.

³ Подробнее об этом см.: Безрук Н.А., Вердников В.Г., Компанец Е.С. Правовое регулирование перевозок грузов, капитального строительства, расчетов и кредитования в народном хозяйстве: учебное пособие. М., 1979. С. 28.

⁴ См.: СЗ РФ. 2006. № 52, ст. 5498.

⁵ См.: Шарпов В. Обзор изменений в градостроительном законодательстве // Право и экономика. 2007. № 4. С. 11.

⁶ См.: Комментарий к Жилищному кодексу Российской Федерации от 29 декабря 2004 г. № 188-ФЗ (постатейный) / под ред. В.В. Глазова. М., 2007.

⁷ См.: Правила землепользования и застройки городского округа Чапаевск Самарской области, утвержденные решением Чапаевской городской Думы от 31 мая 2007 г. № 267 // Чапаевский рабочий. 2007. № 118 (19289) — № 120 (19291); см. также: Решение совета депутатов городского округа Электросталь Московской области от 29 марта 2007 г. № 276/28 об утверждении порядка организации и проведения аукциона на право заключить договор о развитии застроенной территории в городском округе Электросталь Московской области // Официальный вестник (приложение к газете «Новости недели»). 2007. 17 апр.

⁸ См.: Решение совета депутатов городского поселения Пироговского Мытищинского муниципального района Московской области от 22 февраля 2007 г. № 2/7 «Об органе местного самоуправления, принимающем решение о развитии застроенной территории в населенных пунктах городского поселения Пироговский и заключении договора о развитии застроенной территории с победителем аукциона // Родники. 2007. № 44–45; Решение Рязанского городского совета от 27 ноября 2007 г. № 943-III «О полномочиях органов местного самоуправления в градостроительной деятельности в рамках развития застроенных территорий».

⁹ В соответствии с п. 10 ст. 3 Федерального закона «О введении в действие Земельного кодекса Российской Федерации» полномочие по принятию решения в городах федерального значения может осуществляться на уровне субъекта РФ. См., например: постановление правительства Санкт-Петербурга от 10 апреля 2007 г. № 386 об утверждении положения о порядке взаимодействия исполнительных органов государственной власти Санкт-Петербурга при принятии решений о развитии застроенных территорий в Санкт-Петербурге и о проведении аукционов на право заключения договоров о развитии застроенных территорий в Санкт-Петербурге // Вестник Администрации Санкт-Петербурга. 2007. № 6.

¹⁰ Указанные субъекты (в международной деловой практике эта предпринимательская деятельность наиболее известна под названием девелопмент, соответственно предпринимателя, занимающегося такой деятельностью, называют девелопер) используют положение застройщика в своих предпринимательских целях.

¹¹ См.: Постановление Госстандарта РФ от 6 ноября 2001 г. № 454-ст «О принятии и введении в действие ОКВЭД». Введено в действие с 1 января 2003 г. // СПС «Гарант» (дата обращения: 15.11.2008).

¹² См.: Федеральный закон от 8 августа 2001 г. № 128-ФЗ «О лицензировании отдельных видов деятельности» // СЗ РФ. 2001. № 33, ст. 3430.

¹³ См., например: Бахрах Д.Н. Административное право России: учебник для вузов. М., 2000. С. 340.

¹⁴ См.: Крассов О.И. Право частной собственности на землю. М., 2000. С. 38.

¹⁵ См.: Кукла М.Е. Заключение договора на торгах // Право и политика. 2007. № 3.

¹⁶ Подробнее об этом см.: Поднавознова Ю.В. Правовые вопросы перераспределения земельных участков в рамках договора о развитии застроенной территории // Вестник СГАП. 2007. № 4(56). С. 79–83.

Э.Х. Рахимов

К ВОПРОСУ О РОЛИ ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ СФЕРЫ ГОСУДАРСТВЕННОГО ЗАКАЗА

В современных условиях не перестает быть особо актуальным вопрос об участии государства в экономических отношениях и формах данного участия. В связи с этим государственный заказ представляется одним из весьма весомых рычагов проведения государственной политики в различных сферах жизнедеятельности общества. Таким образом, прослеживается объективная взаимосвязь экономической и правовой сфер в условиях рыночного реформирования и решения социальных задач, что требует разработки средств соответствующего правового опосредования. В этой связи сложность и многоаспектность государственного заказа как правового явления предполагает различные подходы к его познанию и изучению, однако постановка вопроса о выборе преимущественного вектора развития правового регулирования становится все более актуальной.

Правовое регулирование — это феномен, обуславливающий претворение в жизнь громоздкого массива права. В сущности за этим термином скрывается механика воздействия права на общественные отношения. Согласно положениям теории права действие права не осуществляется самопроизвольно. Нужен специальный агрегат, который всякий раз приводил бы в действие его механизм, когда возникают соответствующие потребности и интересы, удовлетворение которых возможно и объективно необходимо средствами права. Таким «агрегатом» в механизме действия права выступает правовое регулирование¹.

В последние годы было проведено большое количество исследований, так или иначе связанных с государственным заказом. Причем многие из этих работ представляют собой научные исследования государственного заказа с позиций административного права². В результате авторы приходят к полезным выводам и рекомендациям, касающимся порядка формирования государственных нужд, осуществления административного контроля за расходованием бюджетных средств, а также других общественных отношений, которым присущи характерные административно-правовые признаки. На этом фоне с учетом того, что некоторыми авторами

© Э.Х. Рахимов, 2009

Адъюнкт кафедры гражданского права Санкт-Петербургского университета МВД России.

прямо ставится вопрос о необходимости рассмотрения государственного заказа, исключительно как института административного права³, создается устойчивое впечатление явной экспансии на основополагающие частноправовые постулаты, закрепленные в Конституции и Гражданском кодексе РФ.

В этой связи необходимо отметить, что одной из возможных причин существования таких разнонаправленных подходов к изучению рассматриваемого явления стала некоторая порочность понятийно-терминологического аппарата государственного заказа, не позволяющая скорректировать направления исследований соответственно предметам изучения.

Безусловно, применение разноотраслевых подходов позволит максимально точно осуществлять правовое регулирование института государственного заказа, однако «перевес» на сторону применения административно-правовых методов представляется нам неоправданным и с учетом специфики современных рыночных отношений приобретает определенный рудиментарный оттенок.

Применительно к рассматриваемым отношениям вполне уместно вспомнить о работах известного американского экономиста, лауреата Нобелевской премии по экономике (1991 г.), автора теоремы «транзакционных издержек» Р. Коуза, который справедливо отмечал, что «рынок требует также утверждения правовых норм, которые бы определяли права и обязанности тех, кто осуществляет транзакции»⁴. Он также указывал, что в условиях необходимости соблюдения баланса частных и публичных интересов, когда участников рыночных отношений множество и интересы каждого различны, как это имеет место в розничной и оптовой торговле, установление и поддержание частной системы правовых норм оказывается очень трудным делом. И поэтому деятельность на этих рынках должна зависеть от правовой системы государства⁵.

Мы не зря обратились к работам Р. Коуза, ибо вопросам значения транзакционных издержек, неизбежно сопровождающих рыночные отношения, в настоящее время уделяется недостаточно внимания.

В экономической литературе рынок характеризуется как взаимодействие продавцов и покупателей, каждый из которых самостоятелен в своих действиях⁶. Гражданское право через систему своих институтов призвано определять предпосылки, основные формы и методы самостоятельной предпринимательской деятельности на рынке и давать ей необходимую правовую защиту.

Известно, что регулирование экономики может осуществляться способами субординации (директивными указаниями, характеризующимися отношениями власти и подчинения) и координации, предполагающей юридическое равенство участников экономических отношений.

Р. Коуз обнаружил интересную тенденцию к усилению системы административного контроля при возрастании уровня транзакционных издержек в рыночных отношениях. Создание административного механизма хозяйствования, основанного на директивных указаниях «сверху», в данном случае служит необходимости непрерывного перезаключения контрактов, обеспечению устойчивости и долговременности экономических связей между участниками производственного процесса. Возникает справедливый вопрос: если все ли так хорошо в случае преобладания системы административного хозяйствования, почему же нельзя признать данную систему наиболее эффективной? Р. Коуз объяснял это тем, что координация экономической деятельности с помощью приказов из единого центра также сопряжена с немалыми издержками, и эти издержки аппарата бюрократического контроля лавинообразно нарастают при увеличении размеров фирмы (организации)⁷.

С точки зрения Р. Коуза, механическое противопоставление конкуренции и плана, рынка и иерархии «или-или» несостоятельно. Определяющим фактором является граница, где издержки рыночной координации сравниваются с издержками административного контроля. До этой границы выгодна иерархия, после — рынок. В связи с этим Р. Коуз высказал проницательное замечание, имеющее очень глубокий смысл: рыночная конкуренция сама устанавливает оптимальный для экономики объем планирования. Вот почему система тотального планирования была изначально обречена на провал⁸.

Исходя из этого, следует заметить, что выбор вектора и соответствующих методов правового регулирования, «беспробельность» и динамизм соответствующего законодательства напрямую влияет на состояние благополучия экономической сферы государства и общества.

Известно, что в «советский период» в нашей стране господствовала административно-командная системы управления экономикой. В начале 90-х гг. XX в. в России было положено начало становлению рыночной системы хозяйствования. Появился Указ Президента РСФСР от 15 октября 1991 г. «О хозяйственных связях и поставках продукции и товаров в 1992 году» и соответствующее постановление Совета Министров РСФСР, которые упразднили обязательный государственный заказ и принудительную систему сложившихся хозяйственных связей.

Нет никаких сомнений, в том что государственный заказ как важнейшая составляющая экономики страны мимикрирует в зависимости от экономического устройства государства. Очередным витком данных видоизменений заказа стал упомянутый переход России к рыночным отношениям. Мы не будем углубляться в процесс развития данных отношений, инициализировавшийся в связи с отменой административно-командной системы, однако считаем нужным отметить, что в сложившихся условиях роль права как регулятора общественных, в т. ч. экономических, отношений резко возросла.

Следует отметить, что в ГК РФ имущественные отношения рынка названы как составляющие главный предмет гражданского права (п. 1 ст. 2). Они характеризуются как отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников. В этой же ст. 2 перечисляются основные группы отношений гражданского права: правовое положение участников гражданского оборота, право собственности и другие вещные права, право на результаты интеллектуальной деятельности (патентное и авторское право), договоры и иные обязательства.

Необходимо подчеркнуть, что в настоящее время правовое положение субъектов государственного заказа преимущественно представляет собой отношения координации, соответствующие принципу юридического равенства, что говорит о необходимости применения соответствующих средств правового регулирования данных отношений. К тому же, принимая во внимание тезисы Р. Коуза, развитие российской экономики находится на витке необходимости снижения административных издержек. В этой связи при определении направления исследования в сфере государственного заказа вектор гражданско-правового регулирования является определяющим.

¹ См.: Общая теория права и государства: учебник / под ред. В.В. Лазарева. М., 1994. С. 106.

² См., например: *Ванин В.В.* Правовое регулирование удовлетворения государственных нужд в рыночной экономике России: теория и практика: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Ростов н/Д, 2007; *Кузнецов В.И.* Правовое регулирование государственного заказа: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005 и др.

³ См., например: *Гладков В.С.* Государственный заказ в сфере государственного управления экономикой: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2008. С. 5, 9.

⁴ См.: *Коуз Р.* Фирма, рынок, право. М., 1993. С. 10.

⁵ См.: Там же. С. 11.

⁶ См.: Введение в рыночную экономику: учебное пособие / под ред. А.Я. Лившица, И.Н. Никулиной. М., 1994. С. 54.

⁷ См.: Государство (в лице Правительства) рассматривалось Коузом как «сверхфирма».

⁸ См.: *Капелюшников Р.И.* Рональд Коуз или сотворение рынков. Московский либертариум // [http://www.libertarium.ru/Ronald Coase.htm](http://www.libertarium.ru/Ronald%20Coase.htm) (дата обращения: 28.11.2008).

А.А. Серветник

ДОГОВОРНАЯ ПРИРОДА ПРОЩЕНИЯ ДОЛГА

Социально-экономические реформы в России, направленные на переход из планово-распределительного характера экономики к рыночным отношениям, обусловили необходимость совершенствования регулирования гражданско-правовых отношений. Законодательное закрепление равенства всех субъектов экономического оборота, их свободного распоряжения правами позволило вновь обратиться к изначальному содержанию многих гражданско-

правовых институтов. Одним из подобных нововведений явилось прямое закрепление в гл. 26 ГК РФ такого способа прекращения обязательства, как прощение долга.

Большинство ученых полагают, что имеются достаточные основания для признания прощения долга двусторонней сделкой, т. е. соглашением сторон, опосредуемым договором между кредитором и должником¹.

В соответствии со ст. 415 ГК РФ «обязательство прекращается освобождением кредитором должника от лежащих на нем обязанностей, если это не нарушает прав других лиц в отношении имущества кредитора». Однако текст статьи не дает возможности однозначно определить, что представляет собой прощение долга — односторонний акт кредитора или соглашение кредитора с должником.

Многие авторы считают, что прощение долга носит односторонний характер, т. е. для прекращения обязательства достаточно выражения воли кредитора, освобождающего должника². Их аргументы сводятся к следующему.

Основываясь на позиции некоторых отечественных дореволюционных цивилистов³, О.Ю. Шилохвост отмечает, что «...прощение долга понимается законодателем как односторонний акт кредитора. Такое решение законодателя ознаменовало возвращение институту прощения долга его изначального смысла и назначения в том виде, как они понимались законом и практикой дореволюционной России»⁴.

Вряд ли можно согласиться со столь категоричным утверждением. Закон дореволюционной России не давал оснований для однозначного признания прощения долга односторонним актом кредитора. Такое понимание прощения долга отмечалось не в законе, а лишь в комментариях Редакционной комиссии по составлению Гражданского уложения, которыми был снабжен проект уложения при публикации, где указывалось, что «действующий закон... допускает прекращение обязательства вследствие одностороннего отказа верителя» и что «этого взгляда придерживается и настоящий проект, на том основании, что... нет практической надобности непременно требовать, чтобы отказ верителя от требования имел обязательную силу лишь в случае принятия его должником»⁵. Поэтому и после публикации проекта уложения высказывались сомнения относительно признания законодателем прощения долга односторонним актом кредитора.

В частности, И.Н. Трепицын замечал: «Русский... закон выражается так, что можно предположить, будто бы здесь имеет место одностороннее волеизъявление», поэтому «не может быть признана удачной редакция... нашего проекта... Здесь отмечено то, что разумеется само собою (право распоряжаться своим имуществом), и не сделано указания на то, что заслуживает быть отмеченным (договорная природа сложения долга)... Получается такое впечатление, как будто сложение долга есть одностороннее волеизъявление, которое прекращает обязательства собственной силой, так что соглашение для этого не нужно»⁶. Этим и объясняется судебная практика, иногда воспринимающая правовую природу прощения долга как одностороннюю сделку.

Так, в решении Кассационного департамента Правительствующего Сената № 196 за 1880 г. указано, что «отречение... от прав своих по договору стороны, имевшей право требовать исполнения по оному, как действие одностороннее, не нуждается в своей действительности в согласии на то стороны обязавшейся»⁷.

Причем такая позиция суда имела место не только в дореволюционной России. Она встречается и в настоящее время. Так, определяя правовую природу прощения долга, суд подчеркнул, что в рассматриваемом случае «...речь должна идти не об изменении договора, а лишь о прощении долга (ст. 415 ГК РФ), что допускается в одностороннем порядке...»⁸.

Решения Гражданского Кассационного департамента Правительствующего Сената (№ 238, 928, 1694, 1809 за 1870 г.; № 16 за 1871 г.)⁹ неоднократно подчеркивали, что прекращение обязательства возможно как по согласию участвующих в нем лиц, так и в результате добровольного отступления кредитора от своего права требовать исполнения обязательства.

Такая судебная практика была обусловлена отсутствием в законодательстве дореволюционной России четкой формулировки правовой природы прощения долга. Поскольку не было прямого признания законодателем прощения долга односторонней сделкой, то вернее вести речь не о возвращении институту прощения долга при принятии ГК РФ его изначального

смысла, закрепленного законодательством дореволюционной России, а об оставлении данной проблемы без разрешения.

Действительный изначальный смысл прощения долга, т. е. смысл, заложенный при появлении этого института, не вызывал сомнений. Как в римском праве¹⁰, так и в воспринявших его институты европейских кодификациях гражданского права (ст. 1282, 1285, 1287 Гражданского кодекса Франции 1804 г., § 397 Германского гражданского уложения 1896 г. и др.) прощение долга рассматривается только как двусторонняя сделка, совершаемая лишь с согласия должника.

Вторым аргументом признания прощения долга односторонней сделкой выступает то обстоятельство, что «...об освобождении должника от обязанности как волевым акте кредитора законодатель говорит только в одном случае — при прощении долга, тогда как собственно освобождение (избавление) от обязанности имеет место практически во всех случаях прекращения обязательств. Новационный договор, исполнение, зачет и невозможность исполнения — каждое по-своему освобождает должника от лежащих на нем обязанностей. Однако термин “освобождение” законодатель использует лишь раз, подчеркивая тем самым односторонний характер волеизъявления кредитора»¹¹.

Однако оснований для такого вывода нет. Термин «освобождение» используется и при определении в ст. 572 ГК РФ договора дарения, по которому одна сторона освобождает или обязуется освободить другую сторону от имущественной обязанности перед собой. Но законодатель не только не подчеркивает тем самым односторонний характер волеизъявления кредитора (дарителя), а напротив, прямо называет дарение договором, т. е. сделкой, требующей волеизъявления обеих сторон.

Третьим доводом одностороннего характера волеизъявления кредитора при прощении долга является отсутствие в ст. 415 ГК РФ, по сравнению с нормами, закрепляющими другие способы прекращения обязательства, указания на необходимость волеизъявления должника. Так, А.Б. Бабаев отмечает: «Если в случае с отступным и новацией в ГК РФ прямо определена договорная природа соответствующих способов прекращения обязательства, то по отношению к прощению долга закон не содержит термина “соглашение” или “договор”»¹².

Но, во-первых, нет прямого указания в ст. 415 ГК РФ на то, что обязательство прекращается лишь в результате волеизъявления одной стороны, как это имеет место, в частности, в ст. 410 ГК РФ, устанавливающей прекращение обязательства зачетом. Таким же образом сформулировано прощение долга в ст. 410 модели Гражданского кодекса, принятой на заседании Межпарламентской Ассамблеи государств — участников СНГ в 1994 г., в ст. 373 Гражданского кодекса Республики Казахстан (Общая часть)¹³, введенного в действие с 1 марта 1995 г. В то же время в ст. 448 Гражданского кодекса Грузии, введенного в действие с 25 ноября 1997 г., прямо указывается, что «прощение долга по соглашению сторон влечет прекращение обязательства»¹⁴.

Во-вторых, А.Б. Бабаев сам признает, что «при определении правовой природы института буквальное толкование отдельно взятой нормы не всегда может привести к правильному решению аналитической задачи»¹⁵. Следовательно, хотя ст. 415 ГК РФ и не указывает на необходимость получения согласия должника, это не означает, что должник обязан принять прощение долга. Такое согласие должно быть получено, поскольку прекращение обязательства по требованию одной из сторон является исключением и допускается только в случаях, предусмотренных законом или договором (п. 2 ст. 407 ГК РФ).

Таковым случаем, прямо предусмотренным законом, кроме упомянутой уже возможности прекращения обязательства посредством зачета по заявлению любой стороны (ст. 410 ГК РФ), является, например, право заказчика отказаться от исполнения договора подряда, если подрядчик не приступает своевременно к его исполнению или выполняет работу настолько медленно, что окончание ее к сроку становится явно невозможным (п. 2 ст. 715 ГК РФ).

В этой связи наиболее убедительными представляются следующие доводы Е.А. Крашенинникова: «Согласно п. 2 ст. 407 ГК РФ прекращение обязательства по требованию одной из сторон допускается только в случаях, предусмотренных законом или договором. В приведенном предписании речь идет о прекращении обязательства по воле управомоченного лица: при этом воля контрагента не учитывается, а сам он не принимает участия в прекращении

обязательства, которое совершается юрисдикционным органом. Но если этот вид прекращения обязательства ограничивается случаями, предусмотренными законом (или договором), то допустимость прекращения обязательства, совершаемого не юрисдикционным органом по требованию управомоченного лица, а односторонним волеизъявлением одной из сторон обязательства, тем более не может не подвергаться ограничениям: такое прекращение возможно лишь по прямому указанию закона»¹⁶.

В условиях равенства субъектов гражданских правоотношений (п. 1 ст. 1, абз. 1 п. 1. ст. 2 ГК РФ) кредитор не может навязать должнику прощение долга. Такой способ прекращения обязательства предполагает соглашение сторон. «Договорная природа прощения долга *expressis verbis* выражена в Abs. 1 § 397 BGD: “Долговое отношение прекращается, если кредитор прощает должнику долг посредством договора” и Art. 115 Schweiz. OR: “Требование может быть прекращено полностью или частично посредством соглашения в свободной форме и тогда, когда для установления обязательства форма была необходима или была выбрана заключающими договор”»¹⁷.

Отсюда следует, что для прощения долга необходимо согласие должника, т. е. прощение долга представляет собой соглашение между кредитором и должником.

Четвертый аргумент признания прощения долга односторонней сделкой связан с толкованием п. 2 ст. 154 ГК РФ и критикой позиции сторонников договорной природы прощения долга по данному вопросу.

Согласно п. 2 ст. 154 ГК РФ односторонней считается сделка, для совершения которой в соответствии с законом, иными правовыми актами или соглашением сторон необходимо и достаточно выражения воли одной стороны. Анализируя данную норму, А.М. Эрделевский отмечает, что для того, чтобы одностороннее волеизъявление лица признавалось односторонней сделкой, необходимо наличие специального указания об этом в законе, ином правовом акте или соглашении сторон¹⁸. При этом в качестве примеров таких указаний в законе автор называет выдачу доверенности (ст. 185 ГК РФ), прекращение обязательства зачетом (ст. 410 ГК РФ), составление завещания (ст. 1119 ГК РФ). Отсюда А.М. Эрделевский делает вывод, что, если норма закона, посвященная конкретному юридическому действию, совершение которого влечет возникновение, изменение или прекращение гражданских прав или обязанностей более чем у одного лица, не дает оснований достаточно определенно квалифицировать это действие в качестве односторонней сделки (как это имеет место при прощении долга), то такое действие следует считать двусторонней или многосторонней сделкой. Поэтому прощение долга должно квалифицироваться как двусторонняя сделка, для совершения которой необходимо соглашение кредитора и должника¹⁹.

Считая, что оснований для столь категоричного вывода недостаточно, А.Б. Бабаев утверждает: «Односторонней сделкой является такое действие, для которого необходимо и достаточно волеизъявление одной стороны. Именно в этом состоит ее суть. В силу диспозитивности гражданского права, сделок, в основе которых лежит одностороннее волеизъявление, может быть неограниченное количество независимо от того, причисляет их закон к этой категории или нет. Разумеется, эти сделки не должны противоречить закону, нарушать права и интересы других лиц и т.д.»²⁰.

Действительно, норма п. 2 ст. 154 ГК РФ дает возможность признавать сделку односторонней не только при наличии специального указания об этом в законе или ином правовом акте, но и на основании соглашения сторон, в чем и проявляется диспозитивность данной нормы. Но закон допускает совершение односторонней сделки (если достаточность выражения воли одной стороны для конкретного действия прямо не предусмотрено правовым актом) лишь на основании соглашения сторон. Вряд ли есть смысл в достижении предварительного соглашения о возможности прощения долга между конкретными сторонами путем односторонней сделки. Кроме того, такое соглашение может нарушить не только права и интересы других лиц, но и самих сторон. В случае же, когда подобное соглашение имеет место в самом акте о прощении долга, налицо двусторонняя сделка. Не утрачивает договорной природы прощение долга, если соглашение о возможности прощения долга между конкретными сторонами путем односторонней сделки было предварительным, поскольку в нем уже выражена воля обеих сторон.

Не следует упускать из вида и правила ст. 155 ГК РФ, в соответствии с которой односторонняя сделка создает обязанности только для лица, совершившего сделку. Для других лиц односторонняя сделка может создавать обязанности лишь в случаях, установленных законом или соглашением с этими лицами. Нередко в качестве обязанности стороны рассматривается принятие исполнения. В частности, согласно п. 1 ст. 454 ГК РФ покупатель обязуется принять товар и уплатить за него определенную денежную сумму. Отказ от принятия товара в связи с прощением долга может быть квалифицирован в этом случае как односторонний отказ от исполнения обязательства (ст. 310 ГК РФ)²¹.

Учитывая этот факт, И.В. Елисеев и М.В. Кротов обоснованно отмечают, что прекращение обязательства вследствие одностороннего волеизъявления является исключением из общего правила и должно разрешать правовую ситуацию. «В случае же признания прощения долга односторонним актом окончательного прекращения обязательства не произойдет, поскольку должник, не согласный с подобным заявлением кредитора, имеет право требовать от кредитора принятия им исполнения. Например, заказчик по договору подряда, оплатив полностью стоимость работ по возведению жилого дома, своим волеизъявлением освободит подрядчика от обязанности передать заказчику результат работ. Согласится ли подрядчик с таким волеизъявлением? Думается, вряд ли, т. к. уплата цены за выполненную работу не исчерпывает всех дополнительных проблем, которые лягут в подобном случае на подрядчика. В результате волеизъявления кредитора обязательство либо не прекращается, либо переходит в разряд натуральных обязательств, поскольку требовать в судебном порядке принятия исполнения должник будет не вправе»²².

Пятый довод отрицания договорной природы прощения долга сводится к тому, что данное освобождение от обязанности ничем не затрагивает права и интересы должника²³.

Однако в юридической литературе отмечается, что освобождение от обязанности, помимо воли должника, не всегда соответствует его интересам. В частности, И.Л. Корнеева замечает, что «...должник может быть заинтересован в том, чтобы исполнить свои обязательства перед кредитором и получить встречное исполнение от последнего. Поэтому прощение долга кредитором становится основанием прекращения обязательства лишь после принятия прощения должником и лишь в том случае, если права заинтересованных лиц не будут нарушены»²⁴.

Действительно, на практике возможны такие ситуации, когда должник предпринял какие-либо действия и понес определенные затраты для того, чтобы исполнить обязательство надлежащим образом. Тогда ему может быть выгоднее исполнить обязательство, чем прекратить его путем прощения долга. Поэтому должника не должны лишать права отказаться от предложения кредитора прекратить обязательство таким образом.

Кроме того, прощение долга может привести к определенному урону деловой репутации должника, формированию у участников имущественного оборота отношения к должнику как к лицу с низкой платежеспособностью, не выполняющему свои обязательства. При признании прощения долга односторонней сделкой у должника будет отсутствовать возможность предотвращения прощения долга, совершенного кредитором, не только помимо, но и вопреки воли должника. Поэтому трудно согласиться с характеристикой прощения долга как безусловной экономической выгоды для должника и с утверждением, что такое освобождение от обязанности не затрагивает его права и интересы.

Таким образом, из содержания ст. 415 ГК РФ прямо не вытекает возможность прощения долга на основании волеизъявления лишь кредитора. Должник может возражать против сложения с него обязанностей, а прекращение обязательства по требованию одной из сторон допускается согласно п. 2 ст. 407 ГК РФ только в случаях, предусмотренных законом или договором. Следовательно, прощение долга может иметь место лишь в ситуациях очевидного согласия должника на прекращение обязательства данным способом. Это указывает на договорную природу прощения долга, т. е. характеризует данный способ прекращения обязательства как двустороннюю сделку.

¹ См., например: Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: Общие положения. М., 2000. С. 456; Елисеев И.В., Кротов М.В. Проблемы прощения долга как основания прекращения обязательств // Очерки по торговому праву: сборник научных трудов / под ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2001. Вып. 8. С. 62; Крашенинников Е. О прощении долга // Хозяйство и право. 2002. № 10. С. 76.

- ² См.: *Волкова Т.А.* Договорные основания прекращения обязательств: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006. С. 20; *Масевич М.Г.* Дарение (глава 32) // Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части второй (постатейный) / отв. ред. О.Н. Садилов. М., 1996. С. 147; *Фадеева Т.А.* Изменение и прекращение обязательств (глава 29) // Гражданское право: учебник Ч. 1 / под ред. Ю.К. Толстого, А.П. Сергеева. М., 1996. С. 541 и др.
- ³ См.: *Анненков К.Н.* Система русского гражданского права. СПб., 1901. Т. III. С. 456; *Гуляев А.М.* Русское гражданское право: Обзор действующего законодательства, кассационной практики Прав. Сената и проекта Гражданского уложения. СПб., 1913. С. 336; *Кавелин К.Д.* Права и обязанности по имуществам и обязательствам в применении к русскому законодательству: Опыт систематического обозрения. СПб., 1879. С. 161; *Синайский В.И.* Русское гражданское право. Киев, 1915. Вып. II. С. 81–82.
- ⁴ *Шилохвост О.Ю.* О прекращении обязательств прощением долга // Гражданский кодекс России. Проблемы. Теория. Практика: сборник памяти С.А. Хохлова / отв. ред. А.Л. Маковский. М., 1998. С. 366–367.
- ⁵ Гражданское уложение: Проект Высочайше учрежденной Редакционной комиссии по составлению Гражданского Уложения. С объяснениями, извлеченными из трудов Редакционной комиссии и с приложением законопроекта об авторском праве, одобренного Государственной Думой / сост. А.Л. Саатчиан; под ред. И.М. Тютрюмова. СПб., 1910. Т. 2. С. 287.
- ⁶ *Трепицын И.Н.* Гражданское право губерний Царства Польского и русское в связи с Проектом гражданского уложения: Общая часть обязательственного права. Варшава, 1914. С. 303–304.
- ⁷ Решения Гражданского Кассационного департамента Правительствующего Сената. 1880 год. СПб., 1881. С. 752.
- ⁸ Постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 13 февраля 2002 г. № Ф09-139/02-ГК // *Щербаков Н.* Прощение долга и коммерческий интерес // <http://www.spbpravo.ru/comm.php?id=596> (дата обращения: 09.07.2008).
- ⁹ См.: Решения Гражданского Кассационного департамента Правительствующего Сената: За первое полугодие 1870 г. СПб., 1871. С. 427–428; За второе полугодие 1870 г. СПб., 1871. С. 1591, 2763, 2870; За первое полугодие 1871 г. СПб., 1871. С. 26.
- ¹⁰ См.: *Барон Ю.* Система римского гражданского права / пер. с нем. Л.И. Петражицкого. Кн. IV: Обязательственное право. СПб., 1910. С. 153.
- ¹¹ *Шилохвост О.Ю.* Указ. соч. С. 366–367.
- ¹² *Бабаев А.Б.* Соглашение о новации, предоставлении отступного и прощение долга // Законодательство. 2001. № 9 // http://www.portalus.ru/modules/russianlaw/readme.php?subaction=showfull&id=1129469021&archive=&start_from=&ucat=61& (дата обращения: 11.06.2008).
- ¹³ См.: Гражданский кодекс Республики Казахстан (Общая и Особенная части). Алматы, 2003. С. 115.
- ¹⁴ См.: Гражданский кодекс Грузии / науч. ред. З.К. Бигвава; вступительная статья Председателя Верховного Суда Грузии, д-ра юрид. наук, проф. Л. Чантурия; предисловие канд. юрид. наук, доцента СПбГУ И.В. Елисеева, канд. юрид. наук, доцента СПбГУ, заместителя прокурора Санкт-Петербурга А.В. Коновалова; пер. с грузинского И. Мериджанашвили, И. Чиковани. СПб., 2002. С. 301.
- ¹⁵ *Бабаев А.Б.* Указ. соч.
- ¹⁶ *Крашенинников Е.А.* Правовая природа прощения долга // Очерки по торговому праву: сборник научных трудов / под ред. Е.А. Крашенинникова. Ярославль, 2001. Вып. 8. С. 41.
- ¹⁷ *Крашенинников Е.* О прощении долга // Хозяйство и право. 2002. № 10. С. 77.
- ¹⁸ См.: *Эрделевский А.* Прощение долга и договор дарения // Российская юстиция. 2000. № 3. С. 12.
- ¹⁹ См.: Там же.
- ²⁰ *Бабаев А.Б.* Указ. соч.
- ²¹ См.: <http://www.pravoznavec.com.ua/books/119/41/#chlist> (дата обращения: 09.07.2008).
- ²² *Елисеев И.В., Кротов М.В.* Указ. соч. С. 63–64.
- ²³ См.: *Волкова Т.А.* Правовая природа прощения долга // www.labex.ru/page/st_leavedolg.html (дата обращения: 11.06.2008).
- ²⁴ Гражданское право. Часть первая: учебник / под ред. А.Г. Калпина, А.И. Масляева. М., 2003. С. 531.

О.Л. Серегина

К ВОПРОСУ О ПРИМЕНЕНИИ СРОКА ИСКОВОЙ ДАВНОСТИ К ИСКУ О ПРИЗНАНИИ ПРАВА СОБСТВЕННОСТИ

Активная дискуссия по поводу распространения на иск о признании права собственности действия исковой давности объясняется в основном неоднозначным положением требования о признании права собственности в науке и в законодательстве.

Статья 208 ГК РФ перечисляет требования, на которые исковая давность не распространяется и предоставляет теоретикам две возможности для предположения, что исковая давность не применяется и к требованиям о признании права собственности:

© О.Л. Серегина, 2009

Кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса Волгоградского государственного университета.

во-первых, статья прямо называет в качестве одного из таких требований «требования собственника или иного владельца об устранении всяких нарушений его права, хотя бы эти нарушения не были соединены с лишением владения» (ст. 304 ГК РФ) – это возможность для тех, кто относит признание права собственности к негаторным требованиям;

во-вторых, в статье прямо указывается, что перечень таких требований не является исчерпывающим.

В настоящий момент по отношению к такому требованию не установлен даже сокращенный срок исковой давности. Закон не содержит статей, указывающих на какие-то особенности срока исковой давности, применяемого к иску о признании права собственности. А отсутствие специальной нормы, оговаривающей запрет распространения срока исковой давности на требования о признании права собственности, свидетельствует о применении общих требований закона.

Занятая авторами позиция может быть лишь предложением, положением, выносимым на научное обсуждение, но никак не утверждением того, что срок исковой давности не распространяется на иски о признании права собственности. Наука не должна быть оторвана от практики, которая, безусловно, свидетельствует о применении срока исковой давности к таким требованиям.

Так, в практике Федерального арбитражного суда Поволжского округа суд прямо указывает, что к требованию о признании права собственности применяется общий срок исковой давности. Однако в данном случае он не применяет ее, потому что иск о признании права собственности также подчиняется норме о том, когда начинается течение срока исковой давности¹.

Если предположить, что иск о признании права собственности относится к категории негаторных исков, характеризующихся продолжительным нарушением со стороны третьих лиц правомочия распоряжения, то можно подразумевать, что к требованию о признании права собственности не применяется исковая давность.

Учитывая, что исковая давность — это срок, в течение которого лицу предоставляется возможность принудительно удовлетворить свое требование о защите нарушенного права², законодатель установил, что исковая давность не распространяется на негаторные иски, потому что они обладают длящимся характером. Течение срока исковой давности начинается со дня, когда собственник имущества узнал или должен был узнать о нарушении своего субъективного гражданского права. В связи с этим закон позволяет вне зависимости от того, когда собственник узнал о нарушении своих прав, обращаться к суду за защитой.

Однако слишком широкое понимание данной нормы может привести к тому, что, руководствуясь содержанием ст. 304 ГК РФ, собственник сможет требовать устранения всяких нарушений своего права, применяя при этом к любому нарушению положение относительно отсутствия исковой давности по таким делам.

Активным сторонником неприменности исковой давности к требованию о признании права собственности относится А.В. Люшня, который указывает, что если собственник лишен владения спорной вещью, то он вполне обоснованно может попытаться предотвратить ее отчуждение либо значительно уменьшить возможность добросовестного ее приобретения³.

В данном случае выражается отношение автора к понятию исковой давности в целом и приобретательской давности соответственно. Даже высказанное желание «уменьшить возможность добросовестного приобретения» свидетельствует о том, что автор выступает сторонником приоритета интересов собственника над интересами добросовестного приобретателя⁴. Однако это не отражает необходимость внесения изменений исключительно в сферу правового регулирования признания права собственности. Мы не видим достаточных оснований для того, чтобы в конкретном частном случае нарушать установленные законодательством общие сроки для обращения в суд, направленные на стабильность и определенность гражданских правоотношений⁵.

Хочется оспорить аргумент, согласно которому в исках о признании права собственности отсутствует материально-правовое притязание к ответчику, которое погашается истечением исковой давности, а также тем, что этот иск не подчиняется общему правилу как средство защиты от длящегося правонарушения.

Представляется, что это правонарушение ничуть не более дьящееся, чем лишение владения, которое не прекращается пока не будет принято судебное решение об изъятии имущества у незаконного владельца. Кроме того, истечением исковой давности может и должно в первую очередь погашаться не уже возникшее притязание, а сама возможность и опасность его возникновения.

По нашему мнению такое расширительное понимание нормы закона, которое допускает указанная группа авторов⁶, непозволительно, т. к. может привести к произволу в толковании закона. То есть дискуссия о нераспространении исковой давности на требование о признании права собственности — это скорее вопрос о возможности неприменения исковой давности в гражданском праве в целом⁷. При всей важности института признания права собственности видится, что он не более заслуживает освобождения от исковой давности, чем другие гражданско-правовые требования.

¹ См.: Постановление Федерального арбитражного суда Поволжского округа от 16 февраля 1999 г. № 2100/97-26-24-14 // СПС «Гарант» (дата обращения: 23.12.2008).

² См.: *Толчеев Н.К.* Судебная защита права собственности: практическое пособие / под ред. В.М. Жуйкова. М., 2001. С. 11.

³ См.: *Люшня А.В.* Иск о признании права собственности и исковая давность // www.yurclub.ru (дата обращения: 23.12.2008).

⁴ См., например: *Потапенко Е.Н.* Право собственности добросовестного приобретателя на недвижимое имущество: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

⁵ См.: *Люшня А.В.* Указ. соч.

⁶ См., например: *Гражданское право: учебник. Ч. 1. 2-е изд., перераб. и доп.* / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 1997. С. 458.

⁷ См.: *Тимофеев В.В.* О сроках исковой давности // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1995. № 4. С. 102.

А.Н. Кузбагаров

**К ВОПРОСУ О ПРИМИРЕНИИ СТОРОН ПО КОНФЛИКТАМ,
ВОЗНИКАЮЩИМ ИЗ ПУБЛИЧНО-ПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ**

Общеизвестно, что гражданский процесс в своем развитии сложился в основном как процесс по рассмотрению и разрешению споров о праве гражданском¹. Однако гражданское судопроизводство, которое характеризуется единством и универсальностью, используется для рассмотрения дел, возникающих из публичных правоотношений (подразд. III ГПК РФ). Таким же единством и универсальностью, но только по делам, подведомственным арбитражным судам, обладает и арбитражное судопроизводство (разд. III АПК РФ).

В настоящее время в теории гражданского процессуального и арбитражного процессуального права признано, что дела, возникающие из публично-правовых отношений, являются самостоятельным видом судопроизводства гражданского или арбитражного, соответственно. Однако мнения и теоретиков, и практиков расходятся в оценке правовой природы данных дел. Неоднозначность взглядов ученых и практиков строится вокруг проблем о характере деятельности суда, а именно: деятельность суда (правосудие) по данным делам сводится к *разрешению спора публично-правового характера*² или к *судебному контролю* за деятельностью органов законодательной и исполнительной власти (федеральной, региональной или местной)³. Но остается несомненным то, что в природе этих дел имеются столкновение публичных и частных интересов, носители которых, обеспеченные обязанностями и полномочиями, с одной стороны, и частноправовым обеспечением природы этих отношений, с другой стороны, естественным образом пришли к ярко выраженным противоречивым, полярным правовым позициям, т. е. находятся в состоянии правового конфликта, природа которого имеет свои особенности, что само по себе создает «почву» для определения, что же составляет суть правосудия по данным отношениям, «спор» между властью (законодательной или исполнительной) и народом (частными лицами) или «контроль» одного над другим, внутри власти (контроль суда за деятельностью законодательных и исполнительных органов власти). В этой связи следует обратить внимание на то, что конфликт между властью и народом — это естественно, так же как и контроль внутри власти (самоконтроль), но последний, если его выносить на глас народа, как «сор из избы», может породить негативные последствия даже в форме простого, народного осуждения. Если сложился конфликт между властью и народом, несомненно, его разрешение должно носить прозрачную, гласную форму, в противном случае это вызовет несторженность для одной из сторон конфликта и, как следствие, недоверие. Однако порядок разрешения такого конфликта должен быть не только публичным, но и правовым. Последнее дает возможность увидеть (обеспечивает) последовательность поведения сторон конфликта

© А.Н. Кузбагаров, 2009

Доктор юридических наук, профессор, начальник кафедры гражданского права Санкт-Петербургского университета МВД России.

при его разрешении по установленной правовой процедуре. Изложенное позволяет сделать вывод о том, что дела, возникающие из публично-правовых отношений, каузально связаны с противоречивостью позиций сторон, а именно конфликтом между властью публичной и народом (как частноопределяющим властью)⁴, а контроль внутри власти не должен быть самоцелью правосудия. Конфликт власти и народа служит фактором, способствующим выявлению проблемы во власти, поиску ее причины и определению пути их устранения. Однако это внутривластные отношения-проблемы, которые для народа, на момент, когда необходимо разрешать конфликт, не являются главными. Такое «невидение» и неразрешение конфликта приводит к отрицательному отношению со стороны народа к власти как таковой, которая призвана (а ее органы созданы) соблюдать и защищать права и свободы человека и гражданина, что образует ее обязанность (ст. 2 Конституции РФ). Следовательно, разрешение конфликта должно быть приоритетным в сложившейся конфликтной ситуации, что и должно составлять суть правосудия в делах, возникающих из публично-правовых отношений.

Основные задачи, стоящие перед Российским государством, являются общими для всех ветвей власти. Об этом свидетельствуют положения Конституции РФ. Ею закреплено, что признание, соблюдение и защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства, что эти права и свободы определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной ветвей власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. Особенности правового статуса гражданина, в отличие от правового статуса органа администрации, требуют от государства повышенной защиты прав, свобод и законных интересов гражданина. Государство обязано быстро и справедливо отреагировать на любое нарушение этих прав и свобод со стороны органов государственной или муниципальной власти и их должностных лиц. Этому сегодня способствуют нормативные акты, административные регламенты и др. Так, например, с 1 июля 2009 г. будет введен в действие Федеральный закон РФ от 19 декабря 2008 г. «О защите прав юридических лиц и индивидуальных предпринимателей при осуществлении государственного контроля (надзора) и муниципального контроля»⁵. Таким образом, в Конституции РФ заложен четкий механизм взаимодействия двух ветвей государственной власти: исполнительной и судебной, призванных обеспечивать охрану не только прав и законных интересов граждан, их объединений и организаций, но и законные интересы и права государственных органов, в т. ч. исполнительной власти, в сфере экономики, охраны общественного порядка, обеспечения безопасности и в других сферах. В этой связи можно признать, что кто, как ни суды должны осуществлять функцию судебного контроля за деятельностью органов исполнительной и законодательной власти по отношению к гражданам и иным субъектам правоотношений, возникающих в сфере исполнительной, распорядительной и законотворческой деятельности указанных органов.

Решая общие задачи обеспечения законности, деятельности государственной администрации в стране, органы судебной власти взаимодействуют с органами исполнительной и законодательной власти, осуществляя судебный контроль по следующим основным направлениям:

- 1) конституционный контроль за соответствием нормативных правовых актов Правительства РФ и соответствующих органов исполнительной власти субъектов РФ Конституции РФ;
- 2) контроль судов общей юрисдикции за законностью решений и действий органов исполнительной власти, их должностных лиц в отношении граждан, общественных объединений, иных негосударственных организаций по основаниям и в порядке, предусмотренным федеральным законом;
- 3) контроль арбитражных судов за законностью ненормативных (индивидуальных) актов органов исполнительной власти, затрагивающих права и законные интересы организаций и граждан в сфере предпринимательской деятельности.

Однако и народ контролирует власть, хотя в сложившейся ситуации в России правильнее будет сказать: должен контролировать. Данные проблемы сегодня являются, пожалуй, одними из актуальнейших политических и юридических проблем. Подтверждением этому может служить создание на региональном и федеральном уровне общественных советов (в Санкт-Петербурге) или Общественной палаты (в Российской Федерации). «Согласно отечественной правовой доктрине народовластие реализуется в трех формах: во-первых, посредством формирования органов государственной власти и органов местного самоуправления путем

свободных выборов; во-вторых, посредством участия народа в решении важнейших государственных дел (через проведение референдума); в-третьих, посредством контроля народа за деятельностью государства, его органов и должностных лиц»⁶.

Интересна позиция высших судебных инстанций по проблеме о характере деятельности судебных органов, кроме деятельности Конституционного Суда РФ и конституционных и уставных судов субъектов РФ⁷. Так, Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ и сложившаяся судебно-арбитражная практика исходят из концепции спорного характера производства по делам, возникающим из публично-правовых отношений: «При принятии исковых и иных заявлений и рассмотрении дел необходимо исходить из того, что арбитражным судам подведомственны дела по экономическим спорам и другие дела, связанные с осуществлением предпринимательской и иной экономической деятельности, возникающие из гражданских, административных и иных публичных правоотношений...»⁸. В данном случае Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ последовательно исходит из концепции о спорности дел, возникающих из публично-правовых отношений с экономическим характером.

Иначе свою позицию по данному вопросу изложил законодатель в ГПК РФ. В соответствии с ч. 3 ст. 247 судам надлежит оставлять заявление по делу, возникшему из публично-правовых отношений, без движения, если выясняется, что имеет место спор о праве, подведомственный суду. Данное положение является общим для всех видов дел, возникающих из публично-правовых отношений в гражданском судопроизводстве, из которого следует, что законодатель по данной категории дел подразумевает деятельность суда по осуществлению судебного контроля, хотя со степенью целесообразности такого похода можно спорить, поскольку в теории гражданского процессуального права спор имеет свой характер (частноправовой (гражданский) или административный), наличие которого на момент обращения с заявлением в суд усмотреть не просто. Согласиться с А.Т. Боннером в том, что, «конечно же, законодатель имеет в виду возникновение спора о праве гражданском, хотя этого прямо и не предусмотрено»⁹ можно, но если бы не было мнений о различной правовой природе и характере спора¹⁰. Далее, об исключении спорности из дел, возникающих из публично-правовых отношений, высказал свою позицию Верховный Суд РФ. В таких случаях в соответствии с абз. 4 п. 10 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20 января 2003 г. «О некоторых вопросах, возникших в связи с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации» следует применять сходную норму, регулирующую сходные отношения в особом производстве (ч. 3 ст. 263) путем оставления заявления без рассмотрения¹¹. В свою очередь, в п. 8 данного Постановления специально обращалось внимание на то, что ГПК РФ, в отличие от ГПК РСФСР и Закона РФ от 27 апреля 1993 г. «Об обжаловании в суде действий и решений, нарушающих права и свободы граждан» (в ред. Федерального закона от 14 декабря 1995 г.), не допускает возможности оспаривания в порядке производства по делам, возникающим из публичных правоотношений, решений и действий (бездействия) учреждений, предприятий, организаций, их объединений и общественных объединений. Дела об оспаривании их решений и действий (бездействия) должны рассматриваться по правилам искового производства, в т. ч. с соблюдением общих правил подсудности, как дела по спорам о защите субъективного права).

Соглашаясь со сторонниками концепции о спорности природы производства по делам, возникающим из публичных правовых отношений, следует привести высказывание А.Т. Боннера, который достаточно глубоко проанализировал данный вопрос и усмотрел спорный характер отношений в данной категории дел: «Обнаружение наличия спора о праве гражданском должно препятствовать рассмотрению заявления по делу, возникшему из публичных правоотношений, лишь в том случае, если этот спор затрагивает права и интересы не участвующих в деле лиц, либо совместное рассмотрение дела об оспаривании акта государственного органа и иска является невозможным, исходя из смысла закона, либо конкретных обстоятельств дела»¹². Опираясь на высказанное положение, которое, на наш взгляд, является верным, можно сказать, что, как и по любому частноправовому спору, примирение по спорам, возникающим из публично-правовых отношений, возможно. При этом, конечно же, невозможно примирение по тем делам публично-правовой природы, рассмотрение которых предполагает только судебный контроль. Так, в делах об оспаривании нормативных правовых актов, примирение невозможно. В противном случае, примирение сторон необходимо будет рассматривать как некий «законотворческий процесс»,

скрывающий за собой изменение или дополнение оспариваемых нормативных актов, что в корне не допустимо. В таких делах несоответствие нормативного акта должен установить суд, исходя из позиции о соответствии или несоответствии оспариваемого правового акта другому нормативному акту, обладающему большей юридической силой.

Позиция о спорности природы дел, возникающих из публично-правовых отношений, находит свое подтверждение в ст. 190 АПК РФ, в которой предусмотрена возможность, основанная на праве урегулировать экономические споры, возникающие из публично-правовых отношений путем заключения соглашения или с использованием примирительных процедур, если данное не противоречит федеральным законам. Последнее, по смыслу данной нормы, должно получить отражение путем прямого запрета.

О возможности использования примирительных процедур по экономическим спорам рассматриваемой природы отношений сложились также полярные взгляды в теории административной юрисдикции. Так, И.Ю. Захарьячева делает особый акцент на возможность заключения мирового соглашения в административном производстве. В аргументацию своего вывода, опираясь на положительные мнения 31 представителя арбитражных судов субъектов РФ, она ссылается на практический потенциал и целесообразность использования примирительных процедур¹³. Заслуживает внимания ее утверждение о невозможности использования примирительных процедур при оспаривании в суде нормативных и ненормативных правовых актов, тогда как по делам об административных правонарушениях о взыскании обязательных платежей и санкций применение примирительных процедур вполне рационально и соответствует современной экономической действительности¹⁴. При этом необходимо учитывать, что взыскание последних в гражданском процессе осуществляется в приказном производстве.

Все это находит подтверждение в судебно-арбитражной практике.

ОАО «Сургутнефтегаз» обратилось в Арбитражный суд Краснодарского края с требованиями о признании действия Инспекции МНС России по Туапсинскому району, выразившегося во взыскании суммы недоимки и пени по налогу на прибыль в сумме 3 млн 875 тыс. руб., несоответствующим действующему законодательству; об обязывании налоговой инспекции возвратить суммы неправомерно взысканного налога и пени в сумме 3 млн 875 тыс. руб.; об обязывании налоговой инспекции выплатить Обществу проценты в сумме 51 тыс. руб., начисленные в порядке п. 4 ст. 79 Налогового кодекса РФ, за неправомерно взысканную сумму налога и пени.

Решением суда, оставленным без изменения постановлением апелляционной инстанции, с учетом уточненных требований, указанные действия налоговой инспекции признаны незаконными. Этим же решением суд обязал налоговую инспекцию произвести зачет переплаты пени по налогу на прибыль в сумме 64 тыс. руб. в счет текущих платежей Общества по налогу на прибыль; налоговая инспекция обязана выплатить Обществу проценты в сумме 51 тыс. руб. и возместить ему судебные расходы в сумме 204 тыс. руб.

Налоговая инспекция обжаловала судебные акты в кассационную инстанцию.

До рассмотрения кассационной жалобы по существу налоговая инспекция заявила отказ от жалобы и просила возвратить ее в связи с заключением сторонами мирового соглашения и утвердить мировое соглашение.

Отказ от кассационной жалобы налоговая инспекция обосновала тем, что Обществом представлены уточненные расчеты за два предыдущих отчетных периода на суммы 3 млн 50 тыс. руб. и 4 млн 647 тыс. руб. Эти расчеты проведены инспекцией по лицевому счету Общества. В результате камеральной проверки установлена переплата по налогу на прибыль, т. е. ко дню рассмотрения кассационной жалобы у сторон был утрачен предмет спора. Проверив указанные доводы с учетом представленной инспекцией выписки из лицевого счета Общества, суд прекратил производство по кассационной жалобе.

Заключенное мировое соглашение Общества с налоговой инспекцией состояло в следующем: налоговая инспекция проводит зачет в счет текущих платежей излишне взысканной суммы пени по налогу на прибыль в размере 64 тыс. руб. и отказывается от кассационной жалобы; Общество не предъявляет ко взысканию с налоговой инспекции проценты в сумме 51 тыс. руб. и судебные расходы в сумме 204 тыс. руб.

Анализ соглашения между Обществом-налогоплательщиком и налоговой инспекцией показывает, что оно не нарушает бюджетных интересов государства и сохраняет в бюджете

255 тыс. руб. в результате отказа Общества от взыскания на названную сумму процентов и судебных расходов по судебному решению.

Интерес Общества в рассматриваемом соглашении виден в желании ускорить окончание судебного процесса по фактически беспредметному спору. При рассмотрении кассационной жалобы по существу, т. е. проверке законности и обоснованности судебного решения, Общество не исключало возможность его отмены с передачей дела на новое рассмотрение в суд первой инстанции при установлении нарушений судом норм процессуального права, служащих безусловными основаниями к отмене обжалованных судебных актов в соответствии с ч. 4 ст. 288 АПК РФ.

Такой результат рассмотрения кассационной жалобы мог продлить рассмотрение дела на несколько месяцев по ставшему беспредметным спору. К тому же налоговыми инспекциями выполняется неофициальное указание обжаловать в кассационную инстанцию даже законные и обоснованные судебные решения, принятые не в пользу налоговых органов.

Рассматриваемое соглашение отражает волеизъявление обеих сторон по делу быстрее закончить спор с учетом того, что исполнение утвержденного судом соглашения гарантируется судебным актом об утверждении мирового соглашения с момента вступления его в законную силу ст. 141, 142 АПК РФ¹⁵.

Приведенное дело и анализ мирового соглашения между обществом и налоговым органом позволяют сделать вывод о практическом применении диспозиции ст. 190 АПК РФ через постановление Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 декабря 2002 г. № 11.

Примирению в этой сфере отношений будут способствовать стимулирующие факторы в случае, если одна из сторон отказывается (полностью или в части) от своих требований (прощение долга, отказ от иска), или соглашается на значительно позднее по времени их удовлетворение (рассрочка, отсрочка исполнения решения суда), или они заменяются другими требованиями, которые другая сторона способна выполнить (новация, зачет). Стимулирование по конфликтам может быть применено в тех секторах социально-экономических отношений (причина), где примирение сторон будет иметь прямые благоприятные социальные последствия, которые, без сомнения, будут восприниматься позитивно и считаться полезными для неопределенного круг лиц (следствие).

Положительное решение вопроса о возможности примирения сторон по делам, возникающим из публично-правовых отношений, зависит от готовности государства как стороны конфликта, от критериев, руководствуясь которыми его органы, главным образом исполнительные, могут выйти на компромиссное решение с другой стороной конфликта. Такими критериями можно считать следующие:

социальную или социально-экономическую выгодность для третьих лиц, «хранителем» прав и интересов которых является государство;

расщепление административной компетенции, которая в силу правовой ее природы сегодня в полном объеме сосредоточивается в полномочиях одного должностного лица, с одной стороны, и «боязнь» им принять решение, ведущее к компромиссу, с другой. Для этого необходимы: выработка предложения лицами, в компетенцию которых входило бы выявление допустимости примирения сторон по данному конфликту, посредством проверки юридической природы конфликта (административного спора); определение критериев и пределов, в рамках которых должностное лицо вправе принимать компромиссное решение;

наличие допустимых для публичного субъекта поощрительных правовых стимулов для частной стороны в споре.

Таким образом, примирение по спорам, возникающим из публично-правовых отношений, можно считать допустимым.

¹ См.: Коршунов Н.М. Производство по делам, возникающим из административно-правовых отношений. М., 1987. С. 5.

² См., например: Клейнман А.Ф. Вопросы гражданского процесса в связи с судебной практикой // Социалистическая законность. 1946. № 9. С. 14; Юдельсон К.С. Советский гражданский процесс. М., 1956. С. 12–13; Подвальный И.О. К вопросу об административном судопроизводстве // Арбитражный процессуальный кодекс и Гражданский процессуальный кодекс 2002 г.: Сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения: материалы всероссийской научно-практической конференции. Москва, 2–4 апреля 2003 г. М., 2004. С. 115; Приходько И.А. Некоторые проблемы судопроизводства по делам, возникающим из публичных правоотношений. К вопросу об административном судопроизводстве // Арбитражный процессуальный кодекс и Гражданский процессуальный кодекс 2002 г.: Сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения: материалы всероссийской научно-практической конференции. С. 129–130 и др.

³ См., например: *Шерстюк В.М.* Новые положения третьего Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации. М., 2003. С. 144–147; *Борисова Е.А.* Арбитражный процесс / под ред. М.К. Треушникова. М., 2003, С. 419–420; *Треушников М.К.* Гражданский процесс М., 2003. С. 421–422 и др.

⁴ Согласно ч. 1 ст. 3 Конституции РФ носителем суверенитета и единственным источником власти в Российской Федерации является ее многонациональный народ.

⁵ Российская газета. 2008. 30 дек.

⁶ *Морозова Л.А.* Контрольные полномочия власти народа // Народовластие и право в условиях формирования гражданского общества: материалы международной научной конференции. Курск, 30–31 марта 2006 г. Курск, 2006. С. 18.

⁷ Не могут рассматриваться в порядке гражданского судопроизводства дела, отнесенные Конституцией РФ и Федеральным конституционным законом от 21 июля 1994 г. «О Конституционном Суде Российской Федерации» (с последующими изменениями и дополнениями) к исключительной компетенции Конституционного Суда РФ. Как указано в постановлении Конституционного Суда РФ от 16 мая 1998 г. по делу о толковании отдельных положений ст. 125, 126 и 127 Конституции РФ, предусмотренное ст. 125 Конституции РФ полномочие по разрешению дел о соответствии Конституции РФ федеральных законов, нормативных актов Президента РФ, Совета Федерации, Государственной Думы, Правительства РФ, конституций республик, уставов, а также законов и иных нормативных актов субъектов Российской Федерации, изданных по вопросам, относящимся к ведению органов государственной власти Российской Федерации и совместному ведению органов государственной власти Российской Федерации и органов государственной власти субъектов Российской Федерации, относится к компетенции только Конституционного Суда РФ. По смыслу ст. 125, 126 и 127 Конституции РФ суды общей юрисдикции и арбитражные суды не могут признавать названные в ее ст. 125 (пп. «а» и «б» ч. 2 и ч. 4) акты не соответствующими Конституции РФ и потому утрачивающими юридическую силу. К компетенции судов общей юрисдикции относятся дела о проверке соответствия перечисленных в ст. 125 (пп. «а» и «б» ч. 2) Конституции РФ нормативных актов ниже уровня закона иному имеющему большую юридическую силу акту, кроме Конституции РФ.

⁸ См., например: Абзац 2 п. 2 постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 9 декабря 2005 г. № 11 «О некоторых вопросах, связанных с введением в действие Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2003. 15 янв.

⁹ *Боннер А.Т.* Производство по делам, возникающим из публичных правоотношений в Гражданском процессуальном кодексе и Арбитражном процессуальном кодексе РФ // Арбитражный процессуальный кодекс и Гражданский процессуальный кодекс 2002 г.: Сравнительный анализ и актуальные проблемы правоприменения: материалы всероссийской научно-практической конференции. С. 139.

¹⁰ См.: *Зеленцов А.Б.* Теоретические основы правового спора: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 12, 20.

¹¹ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 3. С. 1.

¹² *Боннер А.Т.* Указ. соч. С. 143.

¹³ См.: *Захарьячева И.Ю.* Примирительные процедуры в арбитражном процессуальном законодательстве Российской Федерации (концептуальные основы и перспективы развития: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С. 19.

¹⁴ См.: Там же.

¹⁵ См.: *Рудь Г.В.* О возможности заключения соглашения с применением ст. 190 Арбитражного процессуального кодекса РФ // Современная доктрина гражданского, арбитражного процесса и исполнительного производства: теория и практика: сборник научных статей. Краснодар; СПб., 2004. С. 407.

**Т.А. Григорьева,
С.А. Семикина**

СООТВЕТСТВИЕ АКТОВ АРБИТРАЖНЫХ СУДОВ УСТАНОВЛЕННЫМ ТРЕБОВАНИЯМ АРБИТРАЖНОГО ПРОЦЕССУАЛЬНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ КАК ОДНО ИЗ СРЕДСТВ ПОВЫШЕНИЯ ИХ ЭФФЕКТИВНОСТИ

В настоящее время существует проблема несоответствия вынесенных актов арбитражного суда установленным требованиям, закрепленным в ч. 3 ст. 15 АПК РФ (законности, обоснованности и мотивированности). Невыполнение этих требований приводит к принятию неэффективного акта суда, подрывающего авторитет судебной власти, не обеспечивающего защиту оспоренных, нарушенных прав и свобод субъектов, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность.

© Т.А. Григорьева, 2009

Доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой арбитражного процесса Саратовской государственной академии права.

© С.А. Семикина, 2009

Аспирант кафедры арбитражного процесса Саратовской государственной академии права.

Рассмотрим более конкретно каждое требование, предъявляемое к актам арбитражных судов. Первое — законность актов суда. Соблюдение законности на всех этапах арбитражного процесса обеспечивается системой арбитражных процессуальных принципов. Принцип законности и законность актов судов тесно связаны друг с другом, а нарушение принципа законности приводит к принятию неправильного (незаконного) акта. Законный акт арбитражного суда свидетельствует о том, что суд провел эффективную работу.

Акт суда является законным в том случае, когда он вынесен при точном соблюдении норм процессуального права и материального права, подлежащих применению к спорному материальному правоотношению.

Законность акта зависит и от того, насколько успешно арбитражный суд осуществляет правоприменительную деятельность, т. е. решает конкретную ситуацию путем подведения спорного факта и отношения под соответствующее правило, выраженное в правовой норме.

Важное практическое значение имеет и вопрос о применении процессуальной аналогии (закона и права). Вопрос о допустимости процессуальной аналогии положительно решен применительно к процессуальной форме деятельности судов общей юрисдикции и мировых судей (ч. 4 ст. 1 ГПК РФ).

В АПК РФ 2002 г. до конца не разработана данная норма, поэтому арбитражный суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таковых рассматривает дела, исходя из общих начал и смысла федеральных законов и иных нормативных правовых актов (аналогия права), если спорные отношения прямо не урегулированы федеральным законом или соглашением сторон и т.д. (ст. 13).

Считаем допустимым применение аналогии в арбитражном процессе, т. к. закрепление в АПК РФ нормы о допустимости процессуальной аналогии будет способствовать восполнению пробелов, обеспечению справедливого, беспристрастного и объективного судебного урегулирования усложнившихся общественных отношений, усилению защиты прав заинтересованных лиц, не противореча при этом нормам Конституции РФ и международным обязательствам.

Необходимо сказать и несколько слов об арбитражной практике, которая приходит на помощь праву, выраженному в законе и иных нормативных правовых актах. Судебная практика помогает уяснению подлинного смысла норм права и тем самым влияет на процесс принятия акта суда.

Так, Высший Арбитражный Суд РФ (далее — ВАС РФ) формирует арбитражную судебную практику. Такими документами являются постановления Пленума ВАС РФ, информационные письма Президиума ВАС РФ, судебные акты Президиума ВАС РФ по отдельным делам.

Пленум ВАС РФ издает постановления, обязательные для арбитражных судов в Российской Федерации (п. 2 ст. 13 Федерального конституционного закона «Об арбитражных судах в Российской Федерации»). Разъяснения, содержащиеся в таких постановлениях, даются, как правило, по наиболее актуальным и недостаточно ясным вопросам применения законодательства. Пленум ВАС РФ не создает право посредством своих разъяснений, т. к. такие разъяснения согласно Конституции РФ по своему предмету, сфере и смыслу относятся не к правотворчеству, а к отправлению правосудия (например, постановление Пленума ВАС РФ от 30 июня 2008 г. № 30 «О некоторых вопросах, возникающих в связи с применением арбитражными судами антимонопольного законодательства»¹).

Президиум ВАС РФ, кроме осуществления судебного надзора за деятельностью арбитражных судов, рассматривает многие сложные вопросы судебной практики. В информационных письмах содержится обзор практики разрешения арбитражными судами соответствующих категорий споров.

Постановления Пленума ВАС РФ являются разъяснениями ВАС РФ по вопросам судебной практики. Несмотря на то, что такие письма не обязательны к применению, арбитражные суды все равно руководствуются ими, поскольку позиция ВАС РФ способствует вынесению правильных решений и направлена на обеспечение единства судебной практики². Например, информационное письмо Президиума ВАС РФ от 4 марта 2008 г. № 125 «Об урегулировании разногласий, возникающих при согласовании единых технологических процессов работы железнодорожных путей необщего пользования и станций примыкания»³.

Вторым требованием является обоснованность актов арбитражных судов. Обоснованным акт следует признавать тогда, когда в нем отражены имеющие значение для данного дела факты,

подтвержденные проверенными судом доказательствами, когда он содержит исчерпывающие выводы суда, вытекающие из установленных фактов. Обоснованность акта арбитражного суда предполагает приведение в нем соответствующих мотивов⁴.

Можно выделить предпосылки обоснованного акта арбитражного суда исходя из контекста ст. 270 АПК РФ. Такими предпосылками являются: а) полное выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела; б) доказанность имеющих значение для дела обстоятельств; в) соответствие выводов, изложенных в акте суда, обстоятельствам дела; г) правильное применение норм материального и процессуального права. Рассмотрим кратко каждую предпосылку:

1. Полное выяснение обстоятельств, имеющих значение для дела, означает, что арбитражный суд принимает акты только на основании представленных сторонами доказательств. Однако у суда в соответствии с принципом состязательности нет права истребовать доказательства без ходатайства лиц, участвующих в деле. В соответствии со ст. 65 АПК РФ обстоятельства, имеющие значение для правильного рассмотрения дела, определяются арбитражным судом на основании требований и возражений лиц, участвующих в деле, в соответствии с подлежащими применению нормами материального права.

2. Обстоятельства, которые суд установил по делу, должны быть доказанными, т. е. подкрепленными доказательствами, имеющими значение для дела и исследованными арбитражным судом.

Под доказыванием понимается совокупность процессуальных действий лиц, участвующих в деле. По мнению М.К. Треушникова, судебное доказывание есть логико-практическая деятельность лиц, участвующих в деле, «а также в определенной мере и суда»⁵.

В данном случае необходимо отметить, что суд может истребовать доказательства по ходатайству сторон, дополнительные доказательства или в отдельных случаях по своей инициативе (ч. 5 ст. 66 АПК РФ). Стороны сами осуществляют процесс доказывания обстоятельств дела, а арбитражный суд в соответствии с принципом состязательности только исследует и оценивает представленные доказательства сторонами и не является субъектом доказывания.

3. Выводы арбитражного суда, изложенные в актах, должны соответствовать обстоятельствам дела. Может возникнуть ситуация, когда суд при принятии акта неверно установил, каковы права и обязанности лиц, участвующих в деле. Данная ошибка имеет место, когда осуществляется переход от этапа по установлению фактических обстоятельств к этапу выбора правовой нормы⁶.

Несоответствие выводов суда обстоятельствам дела может быть связано не только с нарушением правил формальной логики, но и с другими обстоятельствами, например, неправильным применением норм материального и процессуального права.

4. Правильное применение норм материального и процессуального права означает, что арбитражный суд должен правильно применять только те законы, которые подлежат применению в актах и правильно толковать законы, которые будут лежать в основе принятия акта суда.

Судебная практика также обращает внимание на категории законности и обоснованности. Например, в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О Судебном решении» говорится, что «решение является законным в том случае, когда оно принято при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к данному правоотношению, или основано на применении в необходимых случаях аналогии закона или аналогии права (часть 1 статьи 1, часть 3 статьи 11 ГПК РФ)...

Решение же является обоснованным тогда, когда имеющие значение для дела факты подтверждены исследованными судом доказательствами, удовлетворяющими требованиям закона об их относимости и допустимости, или обстоятельствами, не нуждающимися в доказывании (статьи 55, 59–61, 67 ГПК РФ), а также тогда, когда оно содержит исчерпывающие выводы суда, вытекающие из установленных фактов»⁷.

Теперь рассмотрим, что же представляет собой третье требование – мотивированность актов суда. Мотивированность означает соответствие выводов суда фактическим обстоятельствам дела и имеющимся в деле доказательствам. Требование мотивированности является составным элементом требования обоснованности акта суда.

В настоящее время проблема мотивированности актов судов входит в число наиболее обсуждаемых в юридическом сообществе вопросов. «Невозможно правильно мотивировать

ошибочное решение по делу», — данное утверждение воспринимается практикующими юристами как аксиома.

Арбитражные суды в своих актах пытаются не исказить аргументы и доводы сторон, а просто их игнорируют, кроме тех, которые находятся в полном соответствии с логикой акта суда.

ВАС РФ все чаще стал обращать внимание на немотивированность актов судов. Так, в постановлениях Президиума ВАС РФ от 10 июля 2007 г. № 2236/07 и от 18 сентября 2007 г. № 3894/07 указывалось на нарушение нижестоящими судами требования мотивированности актов. По инициативе Председателя ВАС РФ А.А. Иванова все надзорные определения будут мотивированы и опубликованы на сайте ВАС РФ.

Надеемся, что российские судьи не будут игнорировать обязанность аргументировать свои выводы в актах и уклоняться от дачи ответов на вопросы, поставленные заявителем в своем требовании.

Данная проблема касается не только российских судей, но и судей из других стран. Немотивированность судебных актов не единожды была предметом рассмотрения Европейского Суда по правам человека. Например, постановление по делу «Хаджианастасиу против Греции» (Серия А, № 252 (1992); 16 EHRR 219 33). Суды должны указывать с достаточной ясностью доводы и мотивы, на которых они основывают свои решения, установив факт нарушения права на справедливое судебное разбирательство немотивированным судебным актом. Причиной установления нарушения права на справедливый суд явилось вынесение краткого судебного акта, из которого было неясно, почему суд пришел именно к такому выводу, что создавало проблемы с его обжалованием.

Итак, вынесение немотивированного акта может стать нарушением права на справедливый суд, гарантированного ст. 6 Европейской конвенции «О защите прав человека и основных свобод»⁸.

Помимо упомянутых в АПК РФ требований к актам, в литературе предлагается довольно длинный ряд дополнительных требований (качеств), которым должны соответствовать акты арбитражных судов. Так, К.А. Лебедь указывает, в частности, на аналитичность, аргументированность, безошибочность, безупречность, безусловность, грамотность, категоричность, непротиворечивость, полноту, правильность, справедливость и др.⁹ Данные требования, для того чтобы они могли быть эффективными, должны работать в совокупности с основными требованиями к актам суда.

Чтобы акт арбитражного суда был качественным и справедливым, по нашему мнению, он должен соответствовать не только основным требованиям (законности, обоснованности и мотивированности), но и дополнительному требованию полноты.

Акты соответствуют требованиям полноты, если в них содержатся мотивированные выводы по всем требованиям участвующих в деле лиц, а также отражено «решение» иных сопутствующих вопросов, которые суд обязан рассмотреть в силу прямого указания закона¹⁰.

Под полнотой актов арбитражных судов мы понимаем полное отражение в них исчерпывающего, взвешенного вывода по всем заявленным требованиям и возражениям лиц, осуществляющих предпринимательскую и иную экономическую деятельность.

По мнению И.А. Приходько, под неполнотой акта суда понимается отсутствие в его содержании такой информации, которая в силу требований процессуального закона обязательно должна быть в нем отражена¹¹.

Неполнота акта суда означает и его ущербность, но наиболее вредные последствия влечет неполнота окончательного вывода арбитражного суда по результатам рассмотрения им дела, жалобы.

В таком случае это относится как к мотивировочной, так и резолютивной части акта суда, общие требования к которым сформулированы в ч. 4 и 5 ст. 170 АПК РФ.

Отсутствие фактических или иных обстоятельств дела, неполное исследование арбитражным судом предоставленных или истребованных доказательств, неправильное применение законов или других нормативных правовых актов, а также отсутствие исчерпывающих сведений о выводах суда, относящихся к судьбе всех заявленных требований, распределению судебных расходов, означают, что судебная защита предоставлена не в полной мере.

Так, неполное исследование всех обстоятельств дела и доказательств, на которых основываются выводы арбитражного суда, приведет к отмене акта суда, что говорит о невыполнении главной

задачи правосудия — защите и восстановлении нарушенных прав и свобод человека. Например, в постановлении ФАС Западно-сибирского округа от 21 мая 2008 г. говорится, «что при имеющихся в деле противоречащих друг другу доказательствах арбитражный суд не выполнил требование ст. 71 АПК РФ о всестороннем и полном исследовании обстоятельств дела и документов.

Исходя из изложенного, учитывая неполное выяснение обстоятельств дела, имеющих значение для разрешения спора, кассационная инстанция считает постановление апелляционной инстанции подлежащим отмене с направлением дела на новое рассмотрение в арбитражный апелляционный суд»¹².

Существует несколько способов исправления данного недостатка, в частности, отменить такой акт и направить на новое рассмотрение или вынести дополнительное решение, постановление и в некоторых случаях дополнительное определение. Так, определения могут выноситься в виде отдельных документов или в виде протокольного определения (недостатки исправляются в соответствии с ч. 6–8 ст. 155 АПК РФ). Определения в виде отдельного документа арбитражный суд выносит только в том случае, если они могут быть самостоятельным объектом обжалования. Например, дополнительное определение можно вынести в том случае, когда не разрешен вопрос о судебных расходах¹³.

Таким образом, считаем, что есть смысл внести дополнения в ч. 3 ст. 15 АПК РФ, где говорится, что принимаемые арбитражным судом решения, постановления, определения должны быть законными, обоснованными и мотивированными. В данном случае необходимо отметить, что акты суда, вынесенные по итогам рассмотрения дела по существу, должны обладать и таким качеством (требованием), как полнота.

Исходя из вышеизложенного, видно насколько важно соответствие актов арбитражных судов требованиям ст. 15 АПК РФ. В противном случае главная цель правосудия не будет достигнута — законные права, и свободы не будут эффективно защищены.

¹ См.: Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2008. № 8.

² См.: Лебедь К.А. Решение арбитражного суда. М., 2005. С. 54–55.

³ См.: СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 12.01.2009).

⁴ См.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации (постатейный) / под ред. Г.А. Жилина. 2-е изд., перераб и доп. М., 2005. С. 49.

⁵ Треушников М.К. Судебные доказательства. М., 1999. С. 40.

⁶ См.: Лебедь К.А. Указ. соч. С. 71.

⁷ См.: Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 2.

⁸ См.: Султанов А. Осужденное молчание // ЭЖ-юрист. 2008. № 2. С. 8.

⁹ См.: Лебедь К.А. Указ. соч. С. 74–75.

¹⁰ См.: Загайнова С.К. Устранение неполноты судебных актов в арбитражном процессе // Законодательство. 2007. № 1. С. 75.

¹¹ См.: Приходько И.А. Доступность правосудия в гражданском и арбитражном процессе: основные проблемы. СПб., 2005. С. 453.

¹² Постановление ФАС Западно-сибирского округа от 21 мая 2008 г. дело № Ф04-2384/2008(3544-А27-25) // www.gazeta-unp.ru/dokiweb/faszs2384_2008.doc (дата обращения: 11.09.2008).

¹³ См.: Загайнова С.К. Указ. соч. С. 77.

Ю.В. Ефимова

ПРОКУРОР КАК СУБЪЕКТ ГРАЖДАНСКИХ ПРОЦЕССУАЛЬНЫХ ПРАВООТНОШЕНИЙ

Прокурор — это физическое лицо, состоящее на постоянной или временной службе в органах прокуратуры, принятое на работу в порядке, установленном Федеральным законом «О прокуратуре Российской Федерации», и исполняющее должностные обязанности, предусмотренные тем же законом и приказом вышестоящего прокурора¹.

© Ю.В. Ефимова, 2009

Доцент кафедры гражданского процесса Саратовской государственной академии права.

«Прокурор» — понятие собирательное, обобщающее. В узком смысле — это руководители прокуратур: Генеральный прокурор РФ, прокурор субъекта Федерации, прокурор города, прокурор района, прокурор специализированной прокуратуры. В широком же смысле подразумеваются не только вышеназванные прокуроры, но и заместители Генерального прокурора РФ, его советники, старшие помощники, помощники, помощники по особым поручениям, заместители и помощники всех нижестоящих прокуроров — руководителей прокуратур, помощники прокуроров по особым поручениям, старшие помощники, старшие прокуроры и прокуроры, старшие прокуроры-криминалисты и прокуроры-криминалисты управлений и отделов, действующие в пределах своей компетенции (ст. 54 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации»).

Лицо, исполняющее обязанности прокурора в установленном порядке, также вправе участвовать при рассмотрении гражданских дел. Иные прокурорские работники (за исключением прокурора) — следователи, а также другие работники прокуратуры, имеющие классные чины (воинские звания), — не вправе участвовать в гражданском процессе.

Участие прокурора в гражданском судопроизводстве предусмотрено ст. 45 ГПК РФ, в которой говорится, что прокурор вправе обратиться в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов граждан, неопределенного круга лиц, интересов Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований; также прокурор вправе вступить в процесс и дать заключения по отдельным категориям дел, перечисленным в законе. Участие прокурора предусматривается и в суде второй инстанции (ст. 320, ч. 2 ст. 336, ч. 3 ст. 376 ГПК РФ), а также при пересмотре дела по вновь открывшимся обстоятельствам (ст. 394 ГПК РФ). Отдельные нормы ГПК РФ предусматривают участие прокурора в конкретных видах гражданского судопроизводства и по конкретным категориям дел (ч.3 ст. 131, ст. 189, ч. 3 ст. 190, ст. 245, 251, 259, 260, 273, 284, 288, ч. 2 ст. 304 ГПК РФ).

Участие прокурора в гражданском судопроизводстве предусмотрено не только ГПК РФ, но и иными правовыми актами, например, Семейным кодексом РФ — п. 4 ст. 73, п. 2 ст. 70, п.2 ст. 72, п. 1 ст. 125, п. 2 ст. 140, Трудовым кодексом РФ — ст. 391; ст. 29 Федерального закона от 12 января 1996 г. № 10-ФЗ «О профессиональных союзах, их правах и гарантиях деятельности».

На обязательность участия прокурора обращено внимание и в приказе Генеральной прокуратуры РФ от 2 декабря 2003 г. № 51 «Об обеспечении участия прокуроров в гражданском судопроизводстве».

ГПК РФ недостаточно четко прописал роль и процессуальное положение прокурора в гражданском судопроизводстве при обращении с заявлением и тем самым не поставил точку в уже длительное время существующих дискуссиях по этому поводу².

В процессуальной литературе на этот счет существуют различные точки зрения. Прокурор в гражданском процессе является «представителем государства» или, иными словами, защитником определенных публичных интересов. Однако сказанное еще не определяет особенностей его процессуального положения³.

Одни авторы полагают, что процессуальное положение прокурора определяется тем, что только на него возложен надзор за соблюдением законности в деятельности всех участников гражданского процесса, в т. ч. и самого суда. Поэтому процессуальную роль прокурора нельзя свести к положению стороны, т. к. нельзя быть стороной в деле и одновременно надзирать за судом⁴.

С этой позицией вряд ли можно согласиться. Если общество стремится построить правовое государство, то ему необходимо реализовать идею разделения властей, создав независимую судебную власть. Н. В. Муравьев писал 100 лет назад: «Долго под влиянием французских институтов функцией прокуратуры признавался надзор за соблюдением законности, преимущественно, впрочем, в судебном ведомстве, над которым прокуратура и ставилась в качестве блюстителя законности. Новейшая наука решительно отвергает это положение. Суд сам призван охранять закон, и надзор за ним возможен лишь в иерархическом порядке судебных же инстанций. А наблюдение за судом постороннего полуадминистративного учреждения, каким является прокуратура... противоречит достоинству в независимости судей. Наблюдение это по большей части случайно и фиктивно, потому что прокуратура не в состоянии усмотреть за всеми сторонами судебного производства»⁵.

Новый закон о прокуратуре отошел от этой порочной идеи и не возлагает более на органы прокуратуры обязанности надзора за законностью при рассмотрении дел в судах.

Другие ученые считают, что «участвующий в гражданском процессе прокурор занимает положение стороны и является стороной. Никакого иного положения в процессе он занимать не может»⁶. Речь здесь идет лишь о правовом положении прокурора при предъявлении иска, что делает последнее утверждение не совсем точным. А что если прокурор вступает в процесс, уже начатый по иску другого лица? Видимо, его процессуальное положение будет иным. К тому же авторы оговариваются, что прокурор является стороной особого рода (*suī generis*). Употребление этой латинской формулы, к сожалению, мало что может прояснить, но способно набросить на процессуальное положение прокурора некий мистический флер⁷.

Некоторые процессуалисты считают, что прокурор в таких случаях является истцом в процессуальном смысле⁸, хотя нельзя не отметить, что термин «истец в процессуальном смысле», который употребляют некоторые авторы, неудачен, ибо материальному праву термины: истец, ответчик, сторона в деле — не известны. Там есть продавец и покупатель, подрядчик и заказчик, арендатор и арендодатель и т. п. Поэтому «истец в процессуальном смысле» — тавтология⁹.

В науке было предложено определять прокурора как особого участника гражданского процесса, основная задача которого — защита прав и законных интересов граждан, неопределенного круга лиц, Российской Федерации и ее субъектов, муниципальных образований¹⁰. Однако и данное определение не способно точно ответить на вопрос о процессуальном статусе прокурора, т. к. особым статусом и тождественными задачами в гражданском судопроизводстве обладают и субъекты, защищающие от своего имени права, свободы и законные интересы других лиц в порядке ст. 46 ГПК РФ.

Поэтому представляется более целесообразным не пытаться подменить понятие «прокурор» иными терминами, а обозначать процессуальный статус прокурора в собственном смысле этого слова. Иными словами, прокурор в гражданском судопроизводстве занимает положение прокурора. Необходимо иметь в виду, что прокурор в гражданском судопроизводстве — лицо не столько должностное, сколько процессуальное. Этим понятием обозначается вид лица, участвующего в деле¹¹.

Прокурор относится к лицам, участвующим в деле, что связано с его юридической заинтересованностью в деле (ст. 34 ГПК РФ). Однако эта заинтересованность иного рода, чем заинтересованность сторон и третьих лиц, заявителей по неисковым делам. Последние лично заинтересованы в исходе дела. Прокурор же от имени Российской Федерации осуществляет надзор за исполнением действующих на ее территории законов. Следовательно, заинтересованность является государственно-правовой.

Сущность участия прокурора в гражданском процессе заключается в том, что прокурор обеспечивает законность действий всех участников судопроизводства, правильность принимаемых судом постановлений, устраняет всякие нарушения закона, оказывает помощь суду в осуществлении правосудия.

В силу своей компетенции прокурор может быть заинтересован и может участвовать в рассмотрении и разрешении любого гражданского дела. Этим заинтересованность прокурора отличается от заинтересованности государственных органов и ОМСУ, участие которых в гражданском судопроизводстве ограничивается лишь сферой их деятельности и функциями.

В соответствии с п. 3 ст. 35 Закона «О прокуратуре Российской Федерации» и ст. 45 ГПК РФ прокурор участвует в рассмотрении судами гражданских дел, если того требует защита прав, свобод и законных интересов граждан, неопределенного круга лиц или интересов Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований.

Из этого следует, что основанием участия прокурора в гражданском судопроизводстве является осуществление им правозащитной функции. Вместе с тем от основания участия прокурора в гражданском судопроизводстве следует отличать поводы для такого участия. Так, прокурор может участвовать в процессе по конкретному гражданскому делу в связи с обращениями граждан или организаций.

Необходимость участия в конкретном гражданском деле в большинстве случаев определяется мнением прокурора. «Мнение» прокурора означает, что прокурор сам, исходя из по-

нимания своих обязанностей, решает вопрос о личном участии в процессе по тому или иному гражданскому делу с учетом требований ст. 45 ГПК РФ. Однако есть категории гражданских дел, при рассмотрении которых прокуроры обязаны принимать участие в силу закона.

Так, прокурор обязан участвовать при рассмотрении судами следующих дел: о защите избирательных прав граждан, о признании гражданина безвестно отсутствующим или объявлении гражданина умершим, о признании гражданина недееспособным или ограниченно дееспособным, об ограничении или о лишении несовершеннолетнего в возрасте от 14 до 18 лет права самостоятельно распоряжаться своим заработком, стипендией или иными доходами, об усыновлении ребенка, об объявлении несовершеннолетнего полностью дееспособным (эмансипация), о принудительной госпитализации гражданина в психиатрический стационар или о продлении срока принудительной госпитализации гражданина, страдающего психическим расстройством.

С обязательным участием прокурора также рассматриваются судом дела о лишении родительских прав, об их ограничении, о восстановлении на работе, о выселении граждан без предоставления жилого помещения, о возмещении вреда, причиненного жизни или здоровью, а также в иных случаях, предусмотренных законом.

Итак, правовое положение прокурора характеризуется следующим образом:

- 1) обладает государственно-правовой заинтересованностью;
- 2) прокурор не является субъектом спорного материального правоотношения;
- 3) в ходе гражданского судопроизводства прокурор действует от своего имени и не связан с позициями сторон;
- 4) в зависимости от формы участия прокурора в гражданском судопроизводстве основанием его привлечения, вступления в процесс является либо прямое указание закона, либо инициатива самого прокурора;

Часть 4 ст. 35 Федерального закона «О прокуратуре Российской Федерации» устанавливает, что полномочия прокурора, участвующего в судебном рассмотрении дел, определяются процессуальным законодательством РФ.

Все права прокурора в гражданском судопроизводстве можно разделить на следующие группы:

- 1) *общие права* — права, принадлежащие всем лицам, участвующим в деле. Согласно ст. 34 ГПК РФ прокурор отнесен к лицам, участвующим в деле, следовательно, ему принадлежат все права, перечисленные в ст. 35 ГПК РФ: он имеет право знакомиться с материалами дела, делать выписки из них, снимать копии, заявлять отводы, представлять доказательства и участвовать в их исследовании, задавать вопросы другим лицам, участвующим в деле, свидетелям, экспертам и специалистам; заявлять ходатайства, в т. ч. об истребовании доказательств; давать объяснения суду в устной и письменной форме; приводить свои доводы по всем возникающим в ходе судебного разбирательства вопросам, возражать относительно ходатайств и доводов других лиц, участвующих в деле; обжаловать судебные постановления и использовать предоставленные законодательством о гражданском судопроизводстве другие процессуальные права.

Так, прокурор вправе ходатайствовать перед судом об истребовании доказательств, имеющих значение для правильного рассмотрения и разрешения дела (ст. 57 и 149 ГПК РФ); об обеспечении доказательств, если имеются основания опасаться, что представление необходимых доказательств окажется невозможным или затруднительным (ст. 65 ГПК РФ). В соответствии со ст. 166 ГПК РФ прокурор имеет право высказывать свое мнение по существу ходатайств, заявленных другими лицами. Согласно ст. 75 ГПК РФ прокурор вправе участвовать в осмотре и исследовании вещественных доказательств, подвергающихся быстрой порче, о чем он должен быть извещен судьей с указанием времени и места осмотра. Статья 79 ГПК РФ устанавливает, что прокурор вправе представить суду круг вопросов, подлежащих разрешению при проведении экспертизы. Статья 84 ГПК РФ позволяет прокурору присутствовать при проведении экспертизы, за исключением случаев, когда это может помешать исследованию, совещанию экспертов и составлению заключения. Статья 174 ГПК РФ регламентирует, что прокурор, участвующий в деле, первым дает объяснения по существу и задает вопросы иным участникам процесса. Статьи 189–190 ГПК РФ определяют, что по окончании исследования

доказательств прокурору в первую очередь дается слово для заключения по делу, после чего начинаются судебные прения, в которых он выступает первым. Согласно ст. 216 и 219 ГПК РФ прокурор вправе ходатайствовать о приостановлении производства по делу и о возобновлении его после устранения обстоятельств, послуживших приостановлению. На основании ст. 231 ГПК РФ он вправе знакомиться с протоколом судебного заседания и подавать письменные замечания с указанием на допущенные в нем неточности. Прокурор наделяется правом заявлять мотивированный отвод мировому судье, судье, секретарю судебного заседания, эксперту, специалисту и переводчику в установленных законом случаях. Прокурор вправе принести апелляционные, кассационные, частные представления на постановления суда первой инстанции, не вступившие в законную силу, а также принести представления в порядке надзора на судебные акты, вступившие в законную силу;

2) *права, принадлежащие прокурору как инициатору возбуждения производства по гражданскому делу.* Прокурор, подавший заявление, не становится стороной по делу. Истцом в процессе является лицо, в интересах которого прокурор обратился в суд. Тем не менее, прокурор пользуется всеми процессуальными правами истца, за исключением тех, которые принадлежат истцу как субъекту спорного правоотношения (кроме права на заключение мирового соглашения, передачу дела для разрешения в третейском суде).

Прокурор вправе поддерживать свои требования во время судебного разбирательства, изменить основание или предмет иска, увеличить или уменьшить размер исковых требований¹².

Прокурор вправе отказаться от заявления, поданного в защиту прав и законных интересов другого лица. Однако эти действия не влекут за собой правовых последствий, связанных с отказом истца от исковых требований. Рассмотрение дела продолжается, если лицо, в интересах которого подано заявление, или его представитель не заявит об отказе от иска, который будет принят судом в общем порядке (ч. 2 ст. 39, ст. 173 ГПК РФ). При отказе прокурора от поданного заявления основанием для прекращения производства по делу будет служить принятый судом отказ истца от иска (абз. 4 ст. 220 ГПК РФ). Условие, когда дело при отказе истца от иска не может быть прекращено, имеет принципиальный характер и служит для предупреждения злонамеренного сговора представителей истца и ответчика и других проявлений злоупотребления правом (п. 2 информационного письма Генеральной прокуратуры РФ от 27 января 2003 г. № 8-15-2003 «О некоторых вопросах участия прокурора в гражданском процессе, связанных с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»¹³).

Отказ прокурора от заявления о признании недействующими нормативных правовых актов полностью или в части не влечет за собой прекращение производства по делу (ч. 3 ст. 252 ГПК РФ).

В силу специфического процессуального положения в гражданском судопроизводстве прокурору, принимающему участие в деле, не может быть предъявлен встречный иск, хотя в ГПК РФ и нет прямого указания на это.

Обязанности прокурора в гражданском судопроизводстве также можно подразделить на следующие группы:

1) *общие обязанности, подлежащие исполнению всеми лицами, участвующими в деле.* Часть 1 ст. 35 ГПК РФ устанавливает общую обязанность для всех лиц, участвующих в деле, — обязанность добросовестно пользоваться всеми принадлежащими им правами: уважительно относиться к суду, соблюдать порядок в судебном заседании, являться в суд по вызову, предоставлять доказательства в обоснование своих требований и возражений. При этом суд не вправе применить к прокурору какие-либо санкции в случае неисполнения им данных обязанностей.

Так, прокурор, участвующий в деле, обязан известить суд о причинах неявки и представить доказательства уважительности этих причин (ч. 1 ст. 167 ГПК РФ). В случае неявки в судебное заседание прокурора, участвующего в деле, в отношении которого отсутствуют сведения о его извещении, суд откладывает разбирательство дела. Неявка прокурора, извещенного о времени и месте рассмотрения дела, не является препятствием к разбирательству дела (ч. 3 ст. 45 ГПК РФ). Хотя в науке и высказывается мнение, что рассмотрение судом дела, в котором участие прокурора обязательно в силу закона, не может иметь место и должно быть отложено в случае его неявки. Возможность суда в случае неявки прокурора рассматривать такие дела

противоречит положению об обязательном участии его в деле¹⁴. Отдельно следует отметить обязанность прокурора заявлять самоотвод (ст. 19 ГПК РФ);

2) *обязанности, принадлежащие прокурору как инициатору возбуждения производства по гражданскому делу*. Согласно п. 2 приказа Генеральной прокуратуры РФ от 2 декабря 2003 г. № 51 «Об обеспечении участия прокуроров в гражданском судопроизводстве»¹⁵ прокурор обязан активно использовать предоставленное ч. 1 ст. 45 ГПК РФ право на обращение в суд с заявлением в защиту прав, свобод и законных интересов граждан, неопределенного круга лиц или интересов Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований.

В исковом заявлении, предъявляемом в защиту интересов Российской Федерации, субъектов РФ, муниципальных образований или в защиту прав, свобод и законных интересов неопределенного круга лиц, должно быть указано, в чем конкретно заключаются их интересы, какое право нарушено, а также должна содержаться ссылка на закон или иной нормативно-правовой акт, предусматривающий способы защиты этих прав. В случае обращения прокурора в защиту законных интересов гражданина в заявлении должно содержаться обоснование невозможности предъявления иска самим гражданином (ч. 3 ст. 131 ГПК РФ). При этом должны быть представлены доказательства, подтверждающие невозможность самостоятельного обращения и приложены копии документов (см.: информационное письмо Генеральной прокуратуры РФ от 27 января 2003 г. № 8-15-2003 «О некоторых вопросах участия прокурора в гражданском процессе, связанных с принятием и введением в действие Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации»).

Следует отметить, что прокурор освобожден от уплаты судебных расходов (п. 9 ч. 1 ст. 333.36 части первой Налогового кодекса РФ от 31 мая 1998 г. № 146-ФЗ¹⁶).

В литературе высказано мнение¹⁷, что к процессуальным правам прокурора относятся права по предъявлению заявления в защиту прав, свобод и законных интересов гражданина, неопределенного круга лиц, интересов Российской Федерации, субъектов РФ и муниципальных образований; право по вступлению в начавшийся процесс с целью дачи заключения по делу; и права по принесению представлений на постановления суда. При этом А.Ф. Клейнман отмечал, что процессуальные права прокурора являются одновременно и его обязанностями¹⁸. Представляется, что данная позиция спорна. Перечисленные полномочия прокурора представляют собой формы участия прокурора в гражданском судопроизводстве, а не права и обязанности. В связи с этим не стоит смешивать данные понятия и пытаться подменить один термин другим.

¹ См.: *Винокуров Ю.Е.* Прокурорский надзор: курс лекций и практикум / под ред. Ю.Е. Винокурова. 7-е изд., перераб. и доп. М., 2006. С. 27.

² *Артамонова Е.* Новый Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации: статус прокурора // www.srbpravo.ru (дата обращения: 23.01.2009).

³ См.: *Ференс-Сороцкий А.А.* Прокурор в гражданском судопроизводстве // *Правоведение*. 1992. № 4. С. 91.

⁴ См.: *Юдельсон К.С.* Советский гражданский процесс. М., 1956. С. 155; *Советский гражданский процесс* / под ред. К.И. Комисарова, В.М. Семенова. М., 1978. С. 82.

⁵ *Муравьев Н.В.* Прокурорский надзор в его устройстве и деятельности. Т. 1. Прокуратура на Западе и в России. М., 1889. С. 27–28.

⁶ *Полянский Н.Н., Строгович М.С., Савицкий В.М., Мельников А.А.* Проблемы судебного права. М., 1983. С. 49–51.

⁷ См.: *Ференс-Сороцкий А.А.* Указ. соч. С. 92.

⁸ См.: *Шакарян М.С.* Субъекты советского гражданского процессуального права. М., 1970. С. 190; *Осокина Г.Л.* Процессуальное положение прокурора, предъявившего иск в гражданском процессе. Проблемы совершенствования гражданско-правового регулирования. Томск, 1987. С. 302; *Власов А.А.* Участие прокурора в судебном разбирательстве. Ульяновск, 2002. С. 19.

⁹ См.: *Ференс-Сороцкий А.А.* Указ. соч. С. 93.

¹⁰ *Сергиенко А.А.* Участие прокурора в рассмотрении гражданских дел судами общей юрисдикции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 12.

¹¹ *Власов А.А.* Гражданский процесс: учебное пособие. М., 2006. С. 107.

¹² См.: *Ярков В.В.* Гражданский процесс: учебник / отв. ред. В.В. Ярков. 3-е изд. М., 2000. С. 85 (автор главы — В.Д. Кайгородов).

¹³ См.: Еженедельный бюллетень законодательных и ведомственных актов. 2003. № 15.

¹⁴ См.: *Сергиенко А.А.* Участие прокурора в рассмотрении гражданских дел судами общей юрисдикции: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 16.

¹⁵ См.: Еженедельный бюллетень законодательных и ведомственных актов. 2004. № 11.

¹⁶ См.: СЗ РФ. 1998. № 31, ст. 3824.

¹⁷ См.: *Власов А.А.* Указ. соч. С. 111.

¹⁸ См.: *Клейнман А.Ф.* Советское гражданское процессуальное право. М., 1964. С. 12.

СОВРЕМЕННЫЙ ЭТАП РАЗВИТИЯ АДВОКАТУРЫ КАК СТРУКТУРЫ ГРАЖДАНСКОГО ОБЩЕСТВА

Современный этап реформирования государственной правовой системы и государственного механизма обеспечения реализации правовых норм характеризуется принятием реальных мер для совершенствования правового государства и переосмыслением содержания и сущности правовых, экономических, социальных и морально-этических ценностей.

Одним из основных направлений (ориентиров) развития отечественной правовой системы провозглашен приоритет личности, человека и гражданина, их прав и свобод, нашедших свое закрепление в ст. 2 Конституции РФ. Вместе с тем формальное провозглашение прав и свобод личности не имеет практической значимости без наличия цельного и эффективного механизма, обеспечивающего возможность их реализации. Защита прав и свобод граждан возможна лишь при наличии развитой системы конституционно-правовых гарантий.

Конституция РФ содержит необходимый, с точки зрения международной правоприменительной и правозащитной практики, перечень процессуальных и иных гарантий и принципов обеспечения правового статуса личности. В числе наиболее важных гарантий право на: равенство перед законом и судом (ст. 19 Конституции РФ); индивидуальные и коллективные обращения в государственные органы и органы местного самоуправления (ст. 33 Конституции РФ); самооборону (ст. 45 Конституции РФ); судебную защиту и на обращение в правозащитные межгосударственные органы (ст. 46 Конституции РФ); получение квалифицированной юридической помощи, в т. ч. право на пользование услугами адвоката (ст. 48 Конституции РФ); возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц (ст. 53 Конституции РФ); вынесение законных и обоснованных решений, определений и иных постановлений¹.

В соответствии со ст. 4 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (в ред. федеральных законов от 28 октября 2003 г. № 134-ФЗ, 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ, 20 декабря 2004 г. № 163-ФЗ) законодательство об адвокатской деятельности и адвокатуре основывается на Конституции РФ и состоит из Федерального закона «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации», других федеральных законов, принимаемых в соответствии с федеральными законами нормативных правовых актов Правительства РФ и федеральных органов исполнительной власти, регулирующих указанную деятельность, а также из принимаемых в пределах полномочий, установленных вышеназванным Федеральным законом, законов и иных нормативных правовых актов субъектов РФ².

Адвокатура является профессиональным сообществом адвокатов и как институт гражданского общества не входит в систему органов государственной власти и органов местного самоуправления.

В настоящее время уже мало кто отождествляет гражданское общество с государством, хотя бы даже и правовым, поскольку в таком случае понятие «гражданское общество» теряет собственное содержание. Гражданское общество теперь выполняет функцию связующего звена между личностью и государством, «частной» и «публичной» сферами, частным и общим интересами.

В теоретических исследованиях гражданского общества можно выделить две основные интерпретации его сущности, два различных понимания этого понятия.

Наиболее традиционной, хотя и теряющей свою актуальность, стала точка зрения, согласно которой «гражданское общество» появляется с возникновением частной собственности и государства. Понятие «гражданское общество» используется здесь для характеристики определенного состояния общества и отождествляется с государством особого типа, в котором юридически обеспечены и политически защищены основные права и свободы личности, в силу чего оно может считаться цивилизованным, т. е. гражданским обществом.

© Е.Г. Семенова, 2009

Старший преподаватель Российского государственного социального университета ИСО (филиал) в г. Саратове.

Второе толкование гражданского общества связано с представлением о нем как об определенной сфере общества — сфере внесударственных отношений и структур. И здесь возможны различные вариации: понимание гражданского общества как общества в целом, как особой его части, как социальной характеристики всех его членов и т. д. Подобно тому, как существуют различные интерпретации идеи гражданского общества, возможны и различные его периодизации.

В принципе юридические предпосылки для возникновения гражданского общества являются тогда, когда происходит обособление правовых норм от норм морали. Этот процесс связан с распадом общины и общинного сознания, не допускавшего деления интересов на частные и общие.

Особой юридической вехой институционализации гражданского общества мы считаем укоренение состязательного судебного процесса не только в гражданском, но и в уголовном судопроизводстве. Именно с этого момента право судебной защиты частных, персональных интересов и право судебной защиты интересов публичных начинают обретать процессуальное равенство.

По нашему мнению, гражданское общество характеризуется как доступная для всех членов общества система взаимодействия людей и их объединений по поводу реализации групповых и иных задач и интересов, возникающая по инициативе самих людей, различных групп населения и объединений, охватывающая собой преимущественно публичную сторону их жизни и тем самым сужающая сферу вмешательства государственных органов в эту сферу их жизни. Другими словами, оно представляет собой необходимый и рациональный способ сосуществования людей, основанный на разуме, свободе, праве и демократии при необходимом вмешательстве государства³. Гражданское общество — «это свободное демократическое правовое общество, ориентированное на конкретного человека, создающее возможность достижения благополучия и реализации прав человека и гражданина, органично вырабатывающее механизмы ограничения и контроля за деятельностью государства».

Институты гражданского общества как негосударственные формирования (объединения) нуждаются в правовой регламентации порядка их создания и функционирования аналогично государственным институтам. В России используется неоднозначный подход к правовому регулированию порядка создания и функционирования институтов гражданского общества. Их деятельность оказывает наиболее существенное влияние на внутреннюю и внешнюю политику страны, на правовое положение личности, регламентируется законами и контролируется в установленных пределах государственными структурами. К таковым структурам относятся органы местного самоуправления, политические партии, профсоюзы, Общественная палата, а также адвокатура. Вместе с тем допускается внутрикорпоративное регулирование деятельности этих важнейших общественных институтов. В системе институтов гражданского общества функционируют такие объединения и организации, которые не оказывают решающего влияния на внутреннюю политику страны, на правовое положение личности, поскольку их основное назначение — удовлетворение разнообразных интересов не публично-правового характера (общества книголюбов, собаководов, любителей пива и т.д.). Правовое регулирование деятельности таких институтов осуществляется корпоративным нормотворчеством.

Главное предназначение адвокатуры как специфического формирования гражданского общества состоит в оказании социально значимой юридической помощи населению страны, в защите прав и свобод каждого человека и гражданина либо юридического лица, нуждающегося в правовой помощи.

Адвокатура как институт гражданского общества, как и иные его институты, организационно создается лишь на определенном этапе развития государственно оформленного общества при наличии на то соответствующих социально-экономических, политических и правовых условий. В Федеральном законе от 31 мая 2002 г. «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» она характеризуется как институт гражданского общества, а это означает, что современная российская адвокатура — не государственная организация, не орган государственной власти, как писали за рубежом о советской адвокатуре, а одна из составляющих системы современных институтов гражданского общества.

Таким образом, адвокатура — важнейший элемент правозащитной системы общества, негосударственное, добровольное профессиональное объединение квалифицированных

юристов, созданное для оказания юридической помощи физическим и юридическим лицам в целях защиты их прав и законных интересов.

В системе институтов гражданского общества адвокатура занимает особое место, поскольку она является профессиональным, добровольным объединением лиц, обладающих правовыми (юридическими) знаниями. Это позволяет ей не только оказывать юридическую помощь физическим и юридическим лицам по конкретным административным, арбитражным, гражданским и уголовным делам, но и влиять на правовое сознание отдельных лиц, общающихся с адвокатами, осуществлять правовое просвещение населения страны в целом, содействовать повышению правовой культуры российского общества.

¹ См.: Смоленский М.Б. Адвокатская деятельность в России. М.; Ростов н/Д, 2004. С. 27.

² СЗ РФ. 2002. № 23, ст. 2102; 2004. № 52, ст. 5267; 2007. № 31, ст. 4011.

³ См.: Смоленский М.В. Адвокатская деятельность и адвокатура в Российской Федерации. Ростов н/Д, 2002. С. 62; Питулько К.В., Коряковцев В.В. Постатейный комментарий к Федеральному закону «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации». СПб., 2002. С. 28.

Н.С. Бандорина

К ВОПРОСУ ОБ УЧАСТИИ ОРГАНОВ ИСПОЛНИТЕЛЬНОЙ ВЛАСТИ В ГРАЖДАНСКОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Учитывая неоднозначность процессуального законодательства в плане использования терминологии, представляется целесообразным исследовать такое понятие, как исполнительная власть в Российской Федерации с тем, чтобы определить, какие органы могут участвовать в гражданском и арбитражном судопроизводстве.

Правовой конструкции «органы исполнительной власти» юридическая энциклопедическая литература не содержит, поэтому мы попытаемся прийти к их определению через определение понятия «исполнительная власть» в целом.

Многие авторы акцентируют свое внимание на том, что исполнительная власть, согласно теории разделения властей, выступает самостоятельной ветвью власти. Этот признак находит свое продолжение и развитие в научной литературе, где, в частности, указывается на необходимость рассматривать органы исполнительной власти в контексте институтов представительной демократии даже с учетом того, что выборные начала в формировании не имеют определяющего значения¹.

В Юридическом энциклопедическом словаре при определении исполнительной власти основной упор делается на осуществление ей правоприменительной функции исполнения принимаемых законов². Такое определение встречается и в учебной литературе. Так, Е.В. Чиркин утверждает, что с точки зрения разделения властей, исполнительная власть — это власть по выполнению законов, по их реализации законными мерами, включая принуждение³. Очевидно, что подобное определение исполнительной власти не позволяет выявить ее сущность и весь спектр деятельности.

Более глубоко и детально раскрывается интересующее нас понятие в Большом юридическом словаре⁴, в котором, в частности, указывается, что исполнительная власть представляет собой совокупность полномочий по управлению государственными делами, включая полномочия подзаконодательного регулирования (административного нормотворчества), внешнеполитического представительства, полномочия по осуществлению разного рода административного контроля, а иногда и законодательные полномочия (в порядке делегирования или чрезвычайного законодательства), а также систему государственных органов, осуществляющих вышеперечисленные полномочия.

© Н.С. Бандорина, 2009

Аспирант кафедры гражданского процесса Саратовской государственной академии права.

Исходя из данного определения, непосредственно исполнительную власть осуществляют органы, обладающие определенными полномочиями и связанные между собой по вертикали и горизонтали.

Именно органы исполнительной власти образуют «исполнительную вертикаль», т.е. их построение в соответствии «... с принципом административной подчиненности и субординации»⁵.

В этой связи необходимо согласиться с А.С. Сухаревым в том, что «... непосредственно реализовывать исполнительную власть как вид государственного администрирования органы исполнительной власти могут в отношении лиц, не находящихся с ними в отношениях организационной (структурной, служебной) подчиненности в целях осуществления государственных функций организационного, исполнительно-распорядительного и правоприменительного характера в экономической, социально-культурной и административно-политической сферах жизни и деятельности общества»⁶.

Нельзя не отметить, что Конституция РФ подменяет понятие «исполнительная власть» понятием «Правительство РФ».

Тем не менее, согласно ст. 110 Конституции РФ и ст. 1 Федерального конституционного закона от 17 декабря 1997 г. № 2-ФКЗ «О Правительстве Российской Федерации» Правительство РФ, осуществляя исполнительную власть в стране, является высшим исполнительным органом государственной власти в Российской Федерации. Правительство РФ осуществляет широкий круг полномочий в рамках предоставленной ему компетенции. Общие полномочия Правительства РФ охватывают такие сферы, как экономика, бюджет и финансы, социальная сфера, управление федеральной собственностью, оборона, безопасность, внешняя политика, а также обеспечение прав и свобод граждан⁷. Представляется, что именно в рамках осуществления своих полномочий по обеспечению прав и свобод граждан Правительство РФ как орган исполнительной власти и будет выступать субъектом гражданского судопроизводства, участвуя в процессе в порядке ст. 46 и 47 ГПК РФ, а также ст. 53 АПК РФ.

Правительство РФ в пределах своих полномочий в целях обеспечения сочетания интересов Российской Федерации и субъектов РФ по предметам совместного ведения в сфере осуществления исполнительной власти координирует деятельность органов исполнительной власти субъектов РФ. Правительство РФ в соответствии с действующим законодательством является в настоящее время единственным федеральным коллегиальным органом исполнительной власти. Вместе с тем принципиальная возможность образования иных коллегиальных органов нормативными актами не исключена. Так, согласно п. 4 Указа Президента РФ № 314 федеральная служба по надзору в установленной сфере деятельности может иметь статус коллегиального органа.

Конституция РФ не определяет критерии разделения органов власти в соответствии с принципом разделения властей. Вместе с тем в соответствии со ст. 77 Конституции, в пределах ведения Российской Федерации и полномочий РФ по предметам совместного ведения РФ и субъектов РФ федеральные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъекта РФ образуют единую систему исполнительной власти в Российской Федерации, а ч. 3 ст. 1 Федерального закона «О Правительстве Российской Федерации» провозглашает, что единую систему исполнительной власти в Российской Федерации возглавляет Правительство РФ.

Наряду с термином «система» Конституция РФ содержит термин «структура» органов исполнительной власти. В целях определения конституционно-правового смысла указанных терминов Конституционный Суд РФ в своем постановлении от 27 января 1999 г. № 2-П указал, что «система» устанавливает виды федеральных органов исполнительной власти, которые подлежат закреплению в федеральном законе (а в его отсутствие в указе Президента РФ), а «структура» представляет собой перечень конкретных органов исполнительной власти, который предлагается Председателем Правительства РФ и утверждается указом Президента РФ.

Как видно из текста постановления, понятия «система» и «структура» органов исполнительной власти не могут существовать отдельно друг от друга. Как отмечает В.Г. Вишняков, понятие «система органов исполнительной власти», закрепляя основные свойства органов, отражает, прежде всего, способ связи между органами, иерархичность их построения⁸. Сами органы отступают на второй план, образуя структурные звенья в составе единой системы.

Еще более сложной представляется проблема определения органов исполнительной власти как субъектов гражданского судопроизводства с позиции определения их состава в рамках структуры исполнительной власти, особенно с учетом действия органов исполнительной власти субъекта РФ.

Часть 1 ст. 112 Конституции РФ предусматривает, что Председатель Правительства РФ после своего назначения вносит Президенту РФ предложения о структуре федеральных органов исполнительной власти, в связи с чем такая конструкция, как «структура органов исполнительной власти» представляет собой достаточно динамичное правовое образование.

О.Ю. Еремина утверждает, что детальный анализ положений Конституции РФ позволяет прийти к выводу о том, что исполнительная власть в Российской Федерации имеет две системы — единую систему исполнительной власти Российской Федерации, в которую входят федеральные органы исполнительной власти Российской Федерации и органы исполнительной власти субъектов РФ, осуществляющие полномочия по предметам совместного ведения, и систему органов исполнительной власти субъектов РФ, в которую входят органы исполнительной власти субъектов РФ, осуществляющие деятельность по предметам совместного ведения и по предметам исключительного ведения субъектов РФ⁹. Анализируя в дальнейшем действующие органы исполнительной власти субъектов РФ, автор констатирует отсутствие в подавляющем большинстве регионов нормативного акта, определяющего состав элементов системы таких органов.

Исходя из анализа практики, система органов исполнительной власти субъекта РФ, по мнению О.В. Ереминой, выглядит, как правило, следующим образом:

во-первых, это высший орган исполнительной власти субъекта РФ (правительство, администрация, кабинет министров, коллегия администрации субъекта РФ);

во-вторых, высшее должностное лицо субъекта РФ (президент, губернатор, глава администрации субъекта РФ, в зависимости от исторических, национальных и иных традиций субъекта).

С учетом целесообразности единообразного использования терминологии подобные предложения представляются вполне обоснованными и отвечающими решению задачи определения органов исполнительной власти как субъектов гражданского судопроизводства. Более того, в этом контексте актуальным, по нашему мнению, является приведение терминологии законодательства субъектов РФ по вопросам исполнительной власти к единому терминологическому критерию определения названия системы органов исполнительной власти, по примеру федерального законодательства;

в-третьих, это органы исполнительной власти субъекта РФ, т.е. органы, наделенные общей функциональной или отраслевой компетенцией (министерства, департаменты, главные управления, управления, инспекции, комитеты, отделы, комиссии, службы, инспекции).

Следует обратить внимание на то, что, по мнению В.М. Манохина, именно министерская форма отраслевого управления в субъекте РФ способствует лучшей координации деятельности федеральных и региональных исполнительных органов¹⁰. Все указанные органы названы в качестве органов исполнительной власти отраслевой или межотраслевой компетенции того или иного субъекта, что фиксируется в соответствующих положениях.

В литературе по поводу организации работы указанных органов высказано мнение о том, что отсутствие единых критериев, позволяющих дифференцировать органы отраслевой и межотраслевой компетенции, служит причиной хаотичного использования наименований органов исполнительной власти субъектов РФ¹¹. Данное обстоятельство, как уже указывалось, явно не способствует внесению единообразия в правоприменительную практику с участием органов исполнительной власти в гражданском судопроизводстве. В любом случае при определении органов исполнительной власти субъекта РФ следует исходить из того, что природа и сущность исполнительной власти федерации идентична исполнительной власти ее субъекта. Следовательно, организация системы исполнительной власти субъекта основывается на тех же принципах, что и организация системы федеральных органов исполнительной власти. Кроме того, к органам исполнительной власти субъекта, по мнению указанного автора, следует отнести органы, выполняющие функции по организации и обеспечению деятельности названных выше органов (аппарат правительства (администрации), секретариат и пр.).

Представляется, что отнесение органов, осуществляющих функцию по организации и обеспечению деятельности органов исполнительной власти к ее системе, не вполне оправданно, т.к., исходя из вышеназванных признаков исполнительной власти, данные функции никоим образом не входят в ее сущность. Иначе возникает ситуация, когда, например, секретариат, будучи отнесенным теоретиками к системе органов исполнительной власти субъекта, будет наделен статусом лица, участвующего в гражданском судопроизводстве в порядке ст. 46 и 47 ГПК РФ и 53 АПК РФ.

Следует отметить, что согласно ч. 1 ст. 78 Конституции РФ федеральные органы исполнительной власти для осуществления своих полномочий могут создавать территориальные органы и назначать соответствующих должностных лиц.

В этой связи отмечается, что, например, на уровне федерального округа при полномочных представителях Президента РФ в федеральном округе начали создаваться достаточно самостоятельные управленческие структуры, по своим функциям напоминающие правительство федеральных округов¹². Данные обстоятельства предполагают учет указанных структур при рассмотрении вопроса об участии органов исполнительной власти в гражданском судопроизводстве.

Так, Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ оставила без изменения решения Алтайского краевого суда от 16 сентября 2004 г. об оспаривании Правил охоты на территории Алтайского края, указав, в частности, следующее: Управление по охране, контролю и регулированию использования охотничьих животных Алтайского края (Алтайкрайохотуправление) согласно Положению о нем является территориальным органом Министерства сельского хозяйства и продовольствия РФ (Охотдепартамента) по охране, контролю и регулированию использования объектов животного мира, отнесенных к объектам охоты, и среды их обитания и входит в единую систему органов государственного управления охотничьим хозяйством РФ. В компетенцию Алтайкрайохотуправления входит, в т. ч. и установление перечня видов пушных зверей, разрешенных к добыче, что неправомерно оспаривалось заявителем¹³.

Участие в гражданском судопроизводстве органов исполнительной власти (федеральных, территориальных и субъектов РФ), входящих в единую систему органов исполнительной власти РФ, позволяет поставить вопрос о возможности распространения действия свойства преюдициальности судебного решения на решения по делам с участием указанных органов.

В частности, арбитражная судебная практика идет именно по этому пути. Так, арбитражные суды указывают, что налоговые органы составляют единую централизованную систему контроля за соблюдением законодательства о налогах и сборах, поэтому фактические обстоятельства, установленные судом в споре между налогоплательщиком и налоговой инспекцией, являющейся территориальным органом Федеральной налоговой службы¹⁴, обладают преюдициальным значением и в делах, в которых участвует иной налоговый орган¹⁵.

Таким образом, под органом исполнительной власти, участвующим в гражданском и арбитражном судопроизводстве, следует понимать органы государственной власти, выполняющие функции от имени государства по охране общественного порядка, обеспечения национальной безопасности, управлению и обеспечению прав и свобод граждан в Российской Федерации, образующие определенную вертикаль исполнительной власти.

Органы исполнительной власти являются самостоятельными субъектами гражданских и арбитражных процессуальных отношений и составляют единую систему, включающую в себя федеральные органы исполнительной власти, территориальные органы исполнительной власти и органы исполнительной власти субъектов РФ.

Учитывая то обстоятельство, что отечественное законодательство, регулирующее деятельность органов исполнительной власти субъектов РФ не содержит единого критерия, определяющего их состав и структуру, до принятия соответствующего федерального закона следует исходить из того, что природа и сущность исполнительной власти субъекта РФ идентична исполнительной власти федерации.

¹ См., например: *Воронин В.В., Матейкович М.С.* Обеспечение учета интересов населения при осуществлении функций органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации // Публичное право. 2008. № 8. С. 45.

² См.: Юридический энциклопедический словарь / гл. ред. А.Я. Сухарев. М., 1984. С. 128.

- ³ См.: *Чиркин В.Е.* Государственное управление: элементарный курс. М., 2001. С. 206.
- ⁴ См.: Большой юридический словарь / под ред. А.Я. Сухарева, В.Е. Крутских. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 237.
- ⁵ *Медведев В.Н.* Система исполнительной власти в Российской Федерации: правовые аспекты обеспечения принципа единства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2004. С. 12.
- ⁶ *Сухарев А.С.* Реализация государственной власти. Особенности терминологии // Государственная власть и местное самоуправление. 2008. № 3. С. 16.
- ⁷ См.: *Баглай М.В.* Конституционное право Российской Федерации: учебник для юридических вузов и факультетов. М., 2000. С.629.
- ⁸ См.: *Вишняков В.Г.* Система и структура федеральных органов исполнительной власти: теория и практика // Журнал российского права. 2006. № 8. С. 69.
- ⁹ См.: *Еремينا О.Ю.* Система органов исполнительной власти субъекта Российской Федерации // Журнал российского права. 2005. № 11. С. 42.
- ¹⁰ См.: *Манохин В.М.* Отраслевой принцип в организации государственного управления // Административное право и процесс. 2008. № 1. С. 11.
- ¹¹ См.: *Макарова Т.Б.* К вопросу о правовом статусе органов исполнительной власти субъектов Российской Федерации межотраслевой компетенции // Государственная власть и местное самоуправление. 2008. № 1. С. 11.
- ¹² См.: *Черкасов К.В.* Система органов исполнительной власти на уровне федерального округа: вопросы построения и развития // Российская юстиция. 2008. № 6. С. 26.
- ¹³ См.: Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 8 декабря 2004 г. № 51-Г04-26 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 8. С. 6.
- ¹⁴ См.: Приказ Министерства финансов от 9 августа 2005 г. № 101н «Об утверждении Положения о территориальных органах федеральной налоговой службы» // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 10.08.2008).
- ¹⁵ См.: например: Постановление ФАС Московского округа от 18 октября 2005 г. по делу № КА-А40/10058-05; Постановление ФАС Северо-Западного округа от 26 октября 2005 г. по делу № А56-37652/04 // СПС «Консультант Плюс» (дата обращения: 10.08.2008).

Е.О. Плеханова

ОСНОВНЫЕ ТРЕБОВАНИЯ, ПРЕДЪЯВЛЯЕМЫЕ К СУДЕБНОМУ РЕШЕНИЮ

Закон (ч. 3 ст. 15 Арбитражного процессуального кодекса РФ) (далее — АПК РФ) устанавливает, что принимаемые арбитражным судом решения, постановления, определения должны быть законными, обоснованными и мотивированными.

Правильное разрешение гражданского дела возможно только при уяснении судом объективно-истинного правоотношения. Познание спорного правоотношения складывается из двух взаимно связанных и определяющих друг друга элементов: из определения правовой нормы, регулирующей спорное отношение, ее толкования и применения, и из установления наличия или отсутствия предусмотренных этой нормой юридических фактов. При этом первый элемент определяет законность судебного решения, а второй — его обоснованность.

Судебный акт является законным в том случае, когда он вынесен при точном соблюдении норм процессуального права и в полном соответствии с нормами материального права, которые подлежат применению к спорному материальному отношению. Законность судебного решения определяется правильным применением материально-правовых норм.

Применение правовой нормы как одна из форм ее реализации состоит в определении компетентным государственным органом характера, объема и сроков осуществления правомочий и обязанностей субъектов правоотношения и в устранении правонарушения¹.

Законность судебного решения зависит от строгого и последовательного соблюдения судом норм процессуального права.

С точки зрения соблюдения процессуальной формы законность судебного решения зависит от правильного применения процессуальных норм судом и от строгого и последовательного соблюдения процессуальных прав и обязанностей как судом, так и всеми другими субъектами процессуального правоотношения.

© Е.О. Плеханова, 2009

Аспирант кафедры арбитражного процесса Саратовской государственной академии права.

Помимо указанного, законность судебного решения находится в зависимости от организации суда, от соответствия его состава закону.

С точки зрения применения материального закона В.Н. Щеглов выделяет следующие условия законности судебного решения:

«а) правильное определение правовых норм, регулирующих спорное правоотношение;

б) верное толкование правовых норм, уяснение истинного смысла подлежащих применению правовых норм с целью определения фактов, влекущих возникновение, изменение и прекращение правового отношения, и выводов, вытекающих из фактов нарушения правового отношения»².

Нарушение или неправильное применение норм материального права или норм процессуального права служат основаниями для изменения или отмены решения арбитражного суда первой инстанции согласно подп. 4 п. 1 ст. 270 АПК РФ.

При этом в ч. 2 ст. 270 АПК РФ указывается, что неправильным применением норм материального права является неприменение закона, подлежащего применению; применение закона, не подлежащего применению; неправильное истолкование закона.

«Названные признаки являются формальными, не отражают всю сложность правоприменительной деятельности, которая связана с принятием судебного решения. На них удобно ссылаться при отмене решения суда первой инстанции. Но следует помнить о нерасторжимой связи между ними и фактическими обстоятельствами дела»³.

Нарушение или неправильное применение норм материального права может проявляться по-разному.

Неприменение закона, подлежащего применению, имеет место в тех случаях, когда суд не только не указывает в решении подлежащую применению норму права, но и разрешает дело в противоречии с действующим законодательством. Если суд не указал в решении подлежащую применению норму материального права, но разрешил спор в соответствии с действующим законодательством, то суд второй инстанции может внести в него соответствующие изменения, не отменяя решения.

О неприменении закона, подлежащего применению, можно говорить, если суд применил отмененный закон либо нормы подзаконного акта, противоречащие закону или изданные с нарушением действующего законодательства.

Нормы материального права считаются нарушенными, если суд применил закон, не подлежащий применению. Такое нарушение имеет место, когда суд при разрешении дела неправильно квалифицирует взаимоотношения сторон и применяет не ту норму, которая регулирует спорные отношения (например, при рассмотрении спора, вытекающего из неосновательного обогащения, применяет норму, регулирующую отношения сторон при договоре займа).

Неправильное истолкование закона допускается судом в тех случаях, когда применяется закон, подлежащий применению, но содержание и смысл его понимаются неверно, вследствие чего в решении суд делает неправильный вывод о правах и обязанностях сторон. Подобное нарушение может быть допущено, в частности, при расширительном или ограничительном толковании.

Неправильное истолкование закона одновременно может являться причиной применения закона, не подлежащего применению, и неприменения закона, подлежащего применению. Толкование норм материального права, содержащихся в законе, неразрывно связано с заявленными обстоятельствами по делу.

Законность решения, как правило, проверяется по содержанию его мотивировочной части, в которой зафиксирована юридическая квалификация исследованных судом правоотношений.

Обоснованным судебный акт стоит признавать тогда, когда в нем отражены имеющие значение для данного дела (вопроса) факты, подтвержденные проверенными судом доказательствами, удовлетворяющими требованиям закона об их относимости и допустимости, или обстоятельствами, не нуждающимися в доказывании, а также тогда, когда оно содержит исчерпывающие выводы суда, вытекающие из установленных фактов.

Данное определение обоснованности, приведенное в постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 19 декабря 2003 г. № 23 «О судебном решении»⁴, консолидировало взгляды различных ученых-процессуалистов на понятие обоснованности судебного акта.

Обоснованность судебного решения предполагает наличие своеобразной триады: обстоятельство, доказательств и выводов.

Вынесение судом обоснованного решения предполагает полное и всестороннее исследование обстоятельств дела. Суд должен установить наличие или отсутствие существенных по делу обстоятельств, юридических фактов материального права. Основанием возникновения правоотношения служат юридические факты. Задача суда состоит в выяснении и установлении всей совокупности юридических фактов. Определение обстоятельств, имеющих значение для дела, — это, прежде всего, определение предмета доказывания, т.е. юридических фактов, наличие или отсутствие которых может повлиять на права и обязанности сторон. Совокупность юридических фактов, которые должны быть выяснены по конкретному делу, определяется правовой нормой, регулирующей данные отношения.

Чтобы решение было обоснованным, необходимо, чтобы выводы суда о фактической стороне дела, положенные в основу решения, соответствовали имеющимся в деле доказательствам, и нашли свое отражение в мотивировочной части решения.

Чтобы обстоятельства были признаны доказанными, необходимо, чтобы выводы суда подтверждались доказательствами, рассмотренными в судебном заседании, достоверность которых установлена или не вызывает сомнения.

Основной причиной несоблюдения этого требования судебного решения является неправильная оценка доказательств, произведенная судом (ст. 71 АПК РФ). Суд либо нарушает правила оценки доказательств, либо неправильно оценивает доказательства с точки зрения их относимости, допустимости, достоверности, достаточности.

Несоответствие выводов, изложенных в решении, доказательствам, имеющимся в деле, означает, что либо суд пришел к выводу о существовании искомого факта при недостаточности или отсутствии в деле доказательств, дающих основание для такого вывода, либо, напротив, не признал установленными существенные факты по делу, несмотря на наличие для этого достаточных доказательств. В таком случае речь идет об установлении фактической обстановки, когда судом, например, используются не прямые, а косвенные доказательства⁵.

«Обоснованность судебного акта предполагает и приведение в нем соответствующих мотивов»⁶.

Так, «мотивированность есть качество судебного решения как важнейшего процессуального документа, есть часть этого документа, отражающего доводы, обусловившие вывод суда по поставленному на его разрешение вопросу»⁷.

«Мотивированность как требование, предъявляемое к решению суда, также относится к фактической стороне судебного решения и означает соответствие выводов суда, содержащихся в решении, фактическим обстоятельствам дела и имеющимся в деле доказательствам»⁸.

Требование мотивированного постановления судебных решений содержится в ст. 170 АПК РФ, согласно подп. 3 ч. 4 которой в мотивировочной части решения должны быть указаны законы и иные нормативные правовые акты, которыми руководствовался суд при принятии решения, и мотивы, по которым суд не применил законы и иные нормативные правовые акты, на которые ссылались лица, участвующие в деле.

Мотивы составляют важнейшую часть судебного решения как процессуального документа. Мотивы, или мотивировочная часть, должны отражать фактические и правовые основания судебного решения и служить целям улучшения деятельности судов по вынесению судебных решений. Мотивы обеспечивают проверку законности и обоснованности судебного решения вышестоящим судом, требование мотивированности может быть самостоятельным основанием для изменения или отмены решения арбитражного суда в кассационном порядке (ч. 1 ст. 288 АПК РФ).

При этом мотивы судебного решения вступают в законную силу вместе со всем решением, а поэтому и обжалованы могут быть только в составе всего решения⁹. Обжалование только мотивов, положенных в основу выводов суда о фактах, составляющих основание решения, не допускается.

По мнению автора, мотивированность является не только отдельным, но и важным требованием, предъявляемым к решению арбитражного суда. Доказанность, убедительность мотивов суда относительно отвергнутых или принятых к исследованию доказательств оказывает безусловное влияние и на обоснованность судебного решения, и на его законность.

Мотивированность судебного акта связана с вопросами изложения мотивов, по которым суд пришел к тому или иному выводу. Эти мотивы должны касаться как вопросов права (материального и процессуального), так и вопросов факта. Как правовое требование мотивированность, с одной стороны, отражает связь между фактическими обстоятельствами дела, установленными судом и выводами, устраняет разобщенность доказательственной информации, позволяет вскрыть противоречия в исследованных доказательствах¹⁰. С другой стороны, мотивированность судебного акта раскрывает личностное понимание судьями применяемой правовой нормы материального и процессуального права.

Кроме требований законности, обоснованности, мотивированности и справедливости, в науке арбитражного процессуального права выделяют факультативные требования, предъявляемые к решению суда: безусловность, полнота, определенность (категоричность), а также требования, предъявляемые к форме судебного решения как процессуального документа, а также порядку его вынесения (ст. 167–175 АПК РФ).

¹ См.: *Щеглов В.Н.* К итогам дискуссии о применении норм советского права // Советское государство и право. 1955. № 3. С. 52–53.

² *Щеглов В.Н.* Законность и обоснованность судебного решения по гражданско-правовому спору. Новосибирск, 1958. С. 31.

³ Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. Г.А. Жилина. М., 2003. С. 694.

⁴ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 2.

⁵ См.: *Пучинский В.К.* Кассационное производство в советском гражданском процессе. М., 1973. С. 32–33.

⁶ Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. Г.А. Жилина. С. 36.

⁷ *Щеглов В.Н.* Законность и обоснованность судебного решения по гражданско-правовому спору. С. 58.

⁸ Арбитражный процесс: учебник для ВУЗов / под ред. Т.А. Григорьевой. М., 2007. С. 214, 400.

⁹ См.: *Чечот Д.М.* Судебное решение в советском гражданском процессе — важнейший акт социалистического правосудия: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Л., 1953. С. 13.

¹⁰ См.: *Толочко А.Н.* Роль мотивировки в обеспечении законности, обоснованности и справедливости актов социалистического правосудия, выносимых судом первой инстанции по уголовным делам: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харьков, 1985. С. 9.

А.А. Першин

К ВОПРОСУ О ПОНЯТИИ ГРАЖДАНСКОЙ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ФОРМЫ

Вопросу процессуальной формы вообще и гражданской в частности всегда уделялось особое внимание. Об этом писал еще Е.В. Васьковский¹, данную проблему разрабатывают и в наше время². Однако из-за неразработанности теории процессуальной формы вообще и гражданской в частности ее содержание и структура, механизм регулирующего воздействия на юридическую деятельность в правосудии не вполне ясны. Поэтому нельзя согласиться с утверждением В.Н. Протасова о том, что значение процессуальной формы в науке явно гипертрофируется, что категория «процессуальная (процедурная) форма» — это вчерашний день процессуальной теории³.

Напротив, мы поддерживаем позицию Н.А. Рассахатской, по словам которой «изучение... процессуальной формы предопределяет правильное рассмотрение понятия процесса и круга его участников, его организацию в целом и каждой отдельной стадии, последовательность совершения процессуальных действий». Проведя ряд исследований⁴, она пришла к выводу, что «разработка категории процессуальной формы приобретает принципиальное значение для уяснения содержания и особенно структуры судопроизводства»⁵.

Процессуальная форма, по сути, составляет теоретическую модель юридического процесса, выступая одной из фундаментальных проблем юриспруденции⁶. Процессуальная форма представляет собой идеальную модель, вырабатываемую на основе стереотипности юридических действий⁷, предполагающую в своем построении отвлечение от индивидуаль-

© А.А. Першин, 2009

Соискатель кафедры гражданского процессуального права Саратовской государственной академии права.

ных характеристик каждого конкретного дела и обеспечивающую тем самым собственную стабильность и устойчивость⁸.

В юридической литературе гражданская процессуальная форма не имеет одинакового определения. Она отождествляется с основными принципами гражданского процессуального права, с гражданским процессом, с порядком деятельности суда и участников процесса. Так, по мнению Н.А. Чечинной и Д.М. Чечот, процессуальная форма неотделима от судебной деятельности, т. к. выступает одним из ее конститутивных элементов⁹, «и в этом смысле, — продолжает их мысль Н.А. Рассохатская, — процессуальный порядок, являясь последовательным ходом действий, представляет реальное воплощение вовне. Таким образом, под понятием процессуальной формы в качестве порядка рассмотрения и разрешения гражданских (уголовных) дел следует понимать в первую очередь нормативную модель, организующую и упорядочивающую судопроизводительную деятельность посредством системы законодательно закрепленных требований к процессуальным действиям и документам»¹⁰.

Несколько иначе формулируют дефиницию процессуальной формы авторы учебника «Гражданское процессуальное право». По их мнению, процессуальная форма — это «последовательный, установленный нормами гражданского процессуального права порядок рассмотрения гражданского дела, включающий определенную систему гарантий»¹¹.

Исходя из законов диалектики¹² гражданского права с гражданским процессуальным (единства содержания и формы), гражданскую процессуальную форму в отождествлении с гражданским судопроизводством можно рассматривать условно в том плане, что ей обеспечивается жизнь (реализация, защита) гражданского права (содержания). При этом следует иметь в виду, что гражданское судопроизводство специфично, т. е. оно имеет свое, присущее только ему содержание и процессуальную форму. Содержанием будет являться деятельность суда и участников процесса (действия и правоотношения), а гражданской процессуальной формой — объективное (внешнее) выражение совершения, закрепления и оформления соответствующей деятельности. Например, деятельность суда по рассмотрению дела состоит из совокупности действий, направленных на исследование доказательств при помощи определенных законом средств доказательства. Такая деятельность осуществляется в точно определенном законом порядке, по установленным правилам, в установленной процессуальной форме судебного заседания, непосредственно, устно, иначе говоря, процессуальные действия совершаются в определенной процессуальной форме и фиксируются в определенных процессуальных документах.

К.И. Комиссаров выделяет следующие характерные черты процессуальной формы:

конституционные гарантии, прежде всего, независимость суда и подчинение его только закону, гласность, законность, язык судопроизводства;

нормы гражданского процессуального права в совокупности образуют процессуальную форму в широком значении; ею строго и исчерпывающе определяется и направляется процессуальная деятельность, в которой допустимы, как правило, только действия, предусмотренные процессуальным законом;

решение суда должно основываться только на фактах, доказанных и установленных судом предусмотренными законом способами;

лицам, заинтересованным в судебном решении, предоставляется право участвовать в разбирательстве дела судом для защиты своих интересов. Суд не вправе постановить решение, не заслушав и не обсудив доводов этих лиц, явившихся по извещению суда и судебное заседание¹³.

Таким образом, под гражданской процессуальной формой следует понимать установленный гражданским процессуальным правом внешний способ совершения процессуальных действий, выполняемых по установленным правилам, в определенном порядке судом, органом судебного исполнения и всеми участниками процесса при рассмотрении и решении дела, проверке законности и обоснованности постановленного по нему решения и его принудительном выполнении, а также закрепление процессуальных действий в предусмотренных процессуальных документах.

Процессуальная форма относительно процессуальных действий выполняет важную роль. Как постоянный и необходимый ее атрибут, она выступает гарантией, что обеспечивает закон-

ность и обоснованность в применении судом права и его реализации участниками процесса. Значение процессуальной формы состоит в том, что она существует не сама по себе, а для выражения определенного содержания (процессуального действия), т. е. в диалектическом единстве формы и содержания. Гражданская процессуальная форма обусловлена существующими в России общественными отношениями и характеризуется демократизмом, который базируется на закрепленных в нормах гражданского процессуального права принципах, оптимально объединяя в себе простоту и доступность, необходимость и целесообразность. Кроме того, она призвана обеспечить как оперативность, так и результативность выполнения заданий, возложенных на гражданское судопроизводство.

¹ См.: *Васьковский Е.В.* Курс гражданского процесса. М., 1913. Т. 1.

² См., например: *Арапов Н.Т.* О понятии гражданской процессуальной формы защиты права // Вопросы организации суда и осуществления правосудия в СССР. Калининград, 1973. Т. 2. С. 100–115; *Семенов В.М.* К вопросу о ценности гражданского процессуального права и гражданской процессуальной формы // Краткая антология уральской процессуальной мысли. 55 лет кафедре гражданского процесса Уральской государственной юридической академии. Екатеринбург, 2004. С. 102–109; *Полова Ю.А.* Гражданская процессуальная форма — гарантия эффективности правосудия по гражданским делам // Проблемы доступности и эффективности правосудия в арбитражном и гражданском судопроизводстве: материалы Всероссийской научно-практической конференции (Москва, 31 января — 1 февраля 2001 г.). М., 2001. С. 193–204; *Алиэскеров М.А.* Гражданская процессуальная форма // Современное право. М., 2006. № 8. С. 52–55; *Рассахатская Н.А.* Гражданская процессуальная форма: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1995; *Зайцев И.М., Рассахатская Н.А.* Гражданская процессуальная форма: понятие, содержание и значение // Государство и право. М., 1995. № 2. С. 47–52; *Зинченко А.И.* Гражданская процессуальная форма судебного разбирательства // Вопросы теории и практики судебного разбирательства гражданских дел: сборник научных трудов. Саратов, 1988. С. 54–61.

³ См.: *Протасов В.Н.* Основы общеправовой процессуальной теории. М., 1991. С. 141.

⁴ См. например: *Рассахатская Н.А.* Гражданская процессуальная форма: дис. ... канд. юрид. наук.

⁵ *Рассахатская Н.А.* Пределы гражданской процессуальной формы // Правоведение. 1996. № 3 (214). С. 137.

⁶ См.: *Чечина Н.А., Чечот Д.М.* Гражданская процессуальная форма, процессуальные нормы и производства // Юридическая процессуальная форма: Теория и практика. М., 1976; *Якуб М.Л.* Процессуальная форма в советском уголовном судопроизводстве. М., 1981; *Горшенев В.М.* Теория юридического процесса. Харьков, 1985; *Карташов В.Н.* Юридическая деятельность: Понятие, структура, ценность. Саратов, 1989.

⁷ См.: *Горшенев В.М.* Указ. соч. С. 74; *Карташов В.Н.* Указ. соч. С. 71.

⁸ См.: *Рассахатская Н.А.* Пределы гражданской процессуальной формы. С. 138.

⁹ См.: *Чечина Н.А., Чечот Д.М.* Указ. соч. С. 179.

¹⁰ *Рассахатская Н.А.* Пределы гражданской процессуальной формы. С. 138.

¹¹ Гражданское процессуальное право: учебник / С.А. Алехина, В.В. Блажеев и др.; под ред. М.С. Шакарян. М., 2004. С. 30.

¹² О диалектике см.: *Философский словарь* / под ред. И.Т. Фролова. 6-е изд., перераб. и доп. М., 1991. С. 116–117.

¹³ См.: *Комиссаров К.И.* Последовательно-прогрессивное развитие советского гражданского процессуального права // Проблемы действия и совершенствования советского гражданского процессуального законодательства. Свердловск, 1982. С. 4–9.

С.Г. Седышев

К ВОПРОСУ О СУЩНОСТИ АРБИТРАЖНОЙ ПРОЦЕССУАЛЬНОЙ ФОРМЫ

Процессуальная форма — сложное правовое образование. В юридической литературе отсутствует единство взглядов на понятие, сущность и характеристику процессуальной формы. Одни ученые считают, что процессуальная форма представляет собой совокупность условий, установленных процессуальным законом для совершения правоохранительными органами и судом действий по осуществлению своих функций¹.

Представители иного направления определяли процессуальную форму как совокупность правил, регламентирующих порядок осуществления правосудия и деятельность каждого участника процесса².

Арбитражный процесс является одной из форм осуществления правосудия и соответственно его отличает от деятельности иных органов присущая ему определенная форма — арби-

© С.Г. Седышев, 2009

Соискатель кафедры арбитражного процесса Саратовской государственной академии права.

тражная процессуальная форма, составляющая модель, научную конструкцию юридического процесса³.

Арбитражная процессуальная форма, являясь характеристикой процессуальной деятельности арбитражного суда, содержит совокупность правил и требований, определяющих осуществление правосудия по разрешению экономических споров. Одним из оснований возникновения арбитражных процессуальных отношений выступают соответствующие нормы права, а нормативная регламентация круга субъектов арбитражного судопроизводства и их процессуального положения есть обязательное условие их допуска в процесс⁴.

Г.В. Дудникова под арбитражной процессуальной формой понимает целостное, неделимое образование, которое является в то же время универсальным, поскольку дает возможность арбитражному суду защищать и охранять в арбитражном судопроизводстве права и интересы участников процесса по самому широкому кругу экономических споров⁵.

Интересным представляется взгляд по вопросу об определении и сущности арбитражной процессуальной формы, предложенный Д.А. Фурсовым. Согласно его точке зрения под арбитражной процессуальной формой следует понимать те предусмотренные законом формы арбитражной процессуальной деятельности, в которых реализуется порядок рассмотрения и разрешения заявленных споров⁶.

Для определения арбитражной процессуальной формы целесообразно воспользоваться знаниями философской науки о содержании и форме. Форма определяется как внутреннее строение содержания, как способ его существования и выражения, а также как внешний облик предмета⁷.

Арбитражная процессуальная форма — целостное, неделимое и в то же время универсальное образование, поскольку дает возможность арбитражному суду защищать и охранять в арбитражном судопроизводстве права и интересы участников процесса по самому широкому кругу экономических споров⁸.

И.П. Бакланова утверждает, что арбитражная процессуальная форма — самостоятельная процессуальная форма. Процессуальный порядок рассмотрения дел арбитражными судами регулируется самостоятельным источником — Арбитражным процессуальным кодексом⁹.

М.К. Треушников определяет арбитражную процессуальную форму как «установленный нормами арбитражного процессуального права порядок возбуждения процесса, подготовки дела к судебному разбирательству, рассмотрения и разрешения дела, обжалования и пересмотра актов суда, а так же исполнения решений арбитражного суда»¹⁰.

Арбитражная процессуальная форма как форма деятельности арбитражного суда по отправлению правосудия в экономической сфере определяется принципиальными положениями, на которых строится арбитражный процесс как форма деятельности специального юрисдикционного органа — арбитражного суда.

Особое внимание стоит уделить признакам арбитражной процессуальной формы. Следует обратить внимание на точку зрения К.И. Комиссарова, считающего, что процессуальной форме присущи следующие признаки: нормативность, непререкаемость, системность и универсальность.

Нормативность арбитражной процессуальной формы заключается в том, что она устанавливается в законодательстве, причем только определенного уровня. Согласно ст. 3 АПК РФ порядок судопроизводства в арбитражных судах определяется Конституцией РФ¹¹, согласно которой судебная власть в Российской Федерации осуществляется посредством конституционного, гражданского, административного и уголовного судопроизводства.

Непререкаемость арбитражной процессуальной формы отражает обязательность соблюдения и иных форм реализации процессуальных норм в деятельности участников арбитражного процесса. Осуществление процессуальных прав и исполнение процессуальных обязанностей должно происходить в соответствии с порядком, установленным арбитражным процессуальным законодательством. В противном случае соответствующее процессуальное действие участника арбитражного процесса может не породить тех правовых последствий, на которые оно направлено.

Системность арбитражной процессуальной формы отражает необходимость структурирования арбитражного процессуального регламента, вместе с тем увязанного в единое целое. Так, АПК РФ содержит общий регламент разрешения всех дел, подведомственных арбитражным

судам. Разрешение других категорий дел, например о несостоятельности (банкротстве), происходит в том же самом общем процессуальном порядке с учетом определенных особенностей, установленных Федеральным законом «О несостоятельности (банкротстве)»¹².

По мнению Н.А. Чечиной и Д.М. Чечота, «системность гражданской процессуальной формы особенно ярко проявляется в ... стадийном развитии процессуальных правоотношений и процессуальной деятельности»¹³.

Юридическая литература не содержит однозначных мнений и взглядов по вопросу самостоятельности стадий процессуальной деятельности арбитражного суда. В процессуальном праве существуют два взгляда, связанных с этой проблемой. Представители одного направления считают, что все стадии процесса необходимо делить на обязательные и необязательные: возбуждение дела в суде, подготовку дела к судебному разбирательству, судебное разбирательство. Далее следуют стадии, связанные с производством по пересмотру судебных актов в порядке апелляционного, кассационного, надзорного производства, по вновь открывшимся обстоятельствам; производство по исполнению судебных актов арбитражного суда.

Согласно суждениям другой группы ученых процесс делится на следующие стадии: производство в суде первой инстанции; производство по пересмотру не вступивших в законную силу судебных актов в апелляционной инстанции арбитражного суда; производство в кассационной инстанции; надзорное производство; пересмотр вступивших в законную силу судебных актов по вновь открывшимся обстоятельствам и исполнение судебных актов¹⁴.

Требование системности арбитражной процессуальной формы определяет разбирательство дел в арбитражном суде первой инстанции (судебное разбирательство) как самостоятельный этап стадии производства в арбитражном суде первой инстанции. Неверной представляется точка зрения о том, что это самостоятельная стадия процесса, т. к. в данном случае игнорируется однородность и внутренняя структура стадий пересмотра решений в вышестоящих инстанциях.

Универсальность арбитражной процессуальной формы отражает ее применимость к разрешению самых различных дел, подведомственных арбитражным судам, учитывая при этом их особенности, включая дела из публичных правоотношений, о несостоятельности, с участием иностранных лиц и т.д.

Стоит отметить, что кроме обозначенных четырех признаков арбитражной процессуальной формы, некоторые ученые выделяют еще и такие признаки как формализм, доступность, экономичность, срочность, определенность, терминологическую адекватность и научную обоснованность.

На наш взгляд, арбитражную процессуальную форму следует определять как режим управления правосудия по делам, связанным с хозяйственной деятельностью субъектов экономической жизни, основанный на нормах арбитражного процессуального права.

¹ См.: *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 51.

² См.: *Чечина Н.А., Чечот Д.М.* Гражданская процессуальная форма, процессуальные нормы и производства // *Юридическая процессуальная форма: теория и практика.* М., 1976. С. 173.

³ См.: *Теория юридического процесса / под ред. В.М. Горшенёва.* Харьков, 1985. С. 84.

⁴ См.: *Чечина Н.А.* Основные направления развития науки советского гражданского процессуального права. Л., 1987. С. 52–54.

⁵ См.: *Дудникова Г.В.* Арбитражная процессуальная форма: дис...канд. юрид. наук. Саратов, 2005. С. 30.

⁶ См.: *Фурсов Д.А.* Процессуальный режим деятельности арбитражного суда первой инстанции. М., 1997. С. 30.

⁷ См.: *Философия: учебник для высших учебных заведений.* Ростов н/Д, 1998. С. 79.

⁸ См.: *Комиссаров К.И.* Последовательное прогрессивное развитие советского гражданского процессуального права // *Проблемы действия и совершенствования советского гражданского процессуального законодательства.* Свердловск, 1982. С. 67.

⁹ См.: *Бакланова И.П.* Особое производство в арбитражном процессе: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 1999. С. 11.

¹⁰ См.: *Арбитражный процесс / под ред. М.К. Треушников.* М., 1997. С. 11–12.

¹¹ См.: *Арбитражный процесс: учебник для студентов юридических вузов и факультетов / под ред. В.В. Яркова.* М., 2005. С. 13.

¹² См.: *Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» // СЗ РФ.* 2002. № 43, ст. 4190.

¹³ См.: *Чечина Н.А., Чечот Д.М.* Указ. соч. С. 117.

¹⁴ См.: *Арбитражный процесс: учебник для студентов юридических вузов и факультетов / под ред. В.В. Яркова.* С. 12.

М.А. Шаповалов

СИСТЕМА ИСТОЧНИКОВ БАНКОВСКОГО ПРАВА ФРАНЦИИ: ВОЗМОЖНОСТИ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ ПОЛОЖИТЕЛЬНОГО ЗАРУБЕЖНОГО ОПЫТА

Франция относится к романо-германской правовой семье, в которой юридическая наука сложилась на основе римского права. В качестве основного источника она признает писаное право, сформулированное в законодательных актах, принятых государством¹.

С вступлением Франции в Европейскую систему центральных банков (ЕСЦБ) система источников банковского права подверглась существенным изменениям и стала более разнообразной.

Источники банковского права Франции соответствуют классическим схемам современного позитивного права. Нормы банковского права содержатся в большом количестве нормативно-правовых актов, которые можно классифицировать на основе различных критериев. *Конституция Франции* является главным источником банковского права по юридической силе правового акта.

Статья 34 Конституции Франции от 4 октября 1958 г. закрепляет среди прочих функций Парламента законодательное регулирование эмиссии денежных знаков. Статья 73 устанавливает, что французское законодательство в равной мере распространяется на заморские регионы и департаменты Франции, в т.ч. и в области денежных отношений, кредита, обмена валюты. Нормы законодательства Франции могут быть подвергнуты адаптации исходя из национальных и иных особенностей территорий. Также в ряде статей Конституции закреплен особый порядок принятия Парламентом законов, регулирующих финансовые правоотношения (закон о государственном бюджете, законы о финансировании сферы социального обеспечения и т.д.). Этот порядок заключается в рассмотрении подобных законопроектов в Национальном собрании (одна из палат Парламента во Франции), особых сроках рассмотрения.

Далее в системе источников банковского права Франции по юридической иерархии следует *Денежно-финансовый кодекс*², принятый в 2000 г. и сгруппировавший все ранее действующие нормы отрасли, тем самым заменивший более сотни законодательных текстов, сорок из которых были приняты до 1960 г. Огромная работа, осуществленная законодателем, имела положительный результат.

Денежно-финансовый кодекс Франции представляет особый интерес для отечественной науки финансового права в силу отсутствия в отрасли единого кодифицированного источника. В российской юридической науке неоднократно высказывались предложения о необходи-

© М.А. Шаповалов, 2009

Преподаватель кафедры финансового, банковского и таможенного права Саратовской государственной академии права.

мости кодификации банковского права³ и о высокой степени актуальности систематизации финансового законодательства в целом⁴.

Кодекс состоит из двух частей: законодательной и регламентирующей. Вторая служит своеобразным комментарием к первой законодательной части. Денежно-финансовый кодекс Франции — это семь книг, нормы которых регулируют: денежные отношения, доходы (сберегательное дело, счета, ценные бумаги), услуги (банковские операции, вклады, кредитные отношения, капитальные вложения, инвестиции), торговые сделки (европейские и иностранные торговые сделки, круг участников и виды сделок), учреждения сектора банковских услуг, институты банковской и финансовой деятельности. Седьмая книга посвящена особенностям режимов заморских территорий Франции.

Каждая книга Кодекса, в свою очередь, подразделяется на разделы, главы, секции, под-секции и статьи. Так, например, Книга шестая денежно-финансового кодекса «Институты банковской и финансовой деятельности» состоит из четырех разделов: «Кредитные и инвестиционные учреждения», «Органы управления финансовыми рынками», «Сотрудничество, обмен информацией и контроль за деятельностью финансовых корпораций», «Уголовная ответственность», которые, в свою очередь, подразделяются на 11 глав, 35 секций, 16 под-секций, 1 300 статей.

Наличие единого кодифицированного источника в отрасли финансового права для российской правовой науки ново. В настоящее время вопрос о содержании системы российского финансового права является дискуссионным, и четкая единая позиция относительно группировки норм по разделам, подотраслям и институтам не достигнута⁵. В системе источников финансового права действуют два кодифицированных нормативных акта по бюджетному и налоговому праву — Бюджетный и Налоговый кодексы РФ. Думается, что создание Финансового кодекса несколько преждевременно для России. Изначально необходимо выработать единую научную концепцию в определении системы финансового права, его предмета и метода, системы принципов.

Интересно то, что Денежно-финансовый кодекс Франции не закрепляет единую систему принципов финансового законодательства, его основ. По сути, он представляет собой семь книг, регулирующих различные секторы финансовых правоотношений.

Французский опыт кодификации постоянного права вызывает большой интерес в европейских странах и на уровне европейского сообщества. В 1989 г. была принята государственная программа по практической систематизации законодательства (к 1996 г. планировалось создание 40 кодексов, 18 из которых были старыми, и их необходимо было переделать и дополнить, а 22 — полностью новыми)⁶.

На сегодняшний день во Франции действуют 62 кодифицированных нормативно-правовых акта, среди которых: Денежно-финансовый кодекс, Кодекс общественного здравоохранения, Налоговый процессуальный кодекс; новый, принятый в 2006 г., Кодекс государственного рынка, регламентирующий совокупность сделок по покупке государством товаров и услуг у частного сектора, и т.д. Правовой системе Франции наряду с высоким уровнем кодификации также свойственна и стабильность, Гражданский кодекс действует уже более 200 лет.

Далее по юридической силе в системе банковского законодательства Франции следуют *законодательные акты*. Несмотря на наличие единого кодифицированного источника, некоторые законы, регулирующие те или иные вопросы банковской деятельности, сохранили свою юридическую силу.

Примером может служить Закон от 21 марта 1947 г. № 47-520, регулирующий финансово-правовые вопросы⁷: отдельные аспекты деятельности Государственного казначейства (ст. 75–77), финансового контроля (например, ст. 68 регламентирует порядок осуществления бюджетного контроля), Банка Франции (ст. 78 закрепляет право Банка Франции на открытие расчетных счетов) или Закон от 24 января 1984 г. № 84-46, посвященный деятельности и контролю за деятельностью кредитных учреждений⁸.

Постановления Правительства также служат источниками банковского права Франции. Акты управления общенормативного содержания, издаваемые Правительством в пределах его компетенции, на основе и во исполнение Конституции и законодательства⁹: например, постановление министра экономики, финансов и промышленности от 7 февраля 2000 г., устанавливающее порядок предоставления ежегодного финансового отчета Банком Франции

и его содержание¹⁰, постановление министра экономики, финансов и промышленности от 27 мая 1998 г. о порядке участия в капитале Банка Франции¹¹.

По некоторым вопросам банковской деятельности действуют декреты, которые в современной Франции издаются Президентом и премьер-министром, причем декреты Президента приобретают юридическую силу лишь после скрепления их подписью премьер-министра или соответствующего министра¹². Таков Декрет от 9 марта 1990 г. № 90-209 о реструктуризации сети отделений Центрального Банка Франции, который уполномочил Банк Франции на ликвидацию и реструктуризацию ряда его филиалов¹³. Или, например, Декрет от 21 февраля 1991 г. № 91-188 о применении Банком Франции общегосударственной картотеки идентификации физических лиц¹⁴.

Также в системе источников банковского законодательства Франции можно выделить ордонансы, принимаемые Правительством в порядке делегированного законодательства и подписываемые Президентом. Ордонанс от 14 декабря 2000 г. № 2000-1223 посвящен законодательной части Денежно-финансового кодекса Франции. Он устанавливает перечень нормативных актов, утрачивающих силу в связи с принятием Кодекса.

Отдельно хотелось бы отметить соглашения, которые заключает государство с Банком Франции. Их отнесение к источникам права спорно, потому что они не содержат норм права. Однако стоит отметить их значимость с точки зрения тех вопросов, по которым они заключаются (например, Соглашение между Государством и Банком Франции об управлении и учете государственных валютных резервов от 31 марта 1999 г.¹⁵).

Итак, систему банковского законодательства Франции, если рассматривать в качестве основы классификации юридическую силу нормативного акта, возглавляет Конституция, далее следуют: Денежно-финансовый кодекс, законы, постановления и ордонансы Правительства, декреты Президента и премьер министра.

В теории французского банковского права существуют и другие классификации его источников, например, деление на национальные, международные и профессиональные¹⁶. Приведенная ранее классификация соответствует категории «национальные» источники права, т.к. все они приняты «внутри» государства. В настоящее время, когда Банк Франции стал частью Европейской системы центральных банков, его статус и статус кредитных учреждений подвержены очень сильному влиянию предписаний Совета Европейского союза.

Различные международные договоры стали частью системы источников банковского права Франции. Все существующие международные источники можно разделить на две группы. Первые регулируют банковские правоотношения косвенно, как, например, Римская конвенция от 19 июня 1980 г., устанавливающая законодательство, подлежащее применению по отношению к договорным обязательствам. Вторые непосредственно посвящены банковским правоотношениям, например, вопросам кредита-аренды (лизинга) и международного факторинга, как Оттавская конвенция от 28 мая 1988 г., ратифицированная Францией 10 июля 1991 г.

Общие правовые нормы стран сообщества, безусловно, носят международный характер, но призваны интегрироваться со временем в национальные правовые системы. Множество директив ЕС имели целью внесение изменений в национальное законодательство стран-участниц, в т.ч. и по вопросу статуса кредитных учреждений. В 2000 г. была предпринята попытка унификации этих текстов, в результате чего была принята Директива 2000/12/ЕС¹⁷ от 20 марта 2000 г. по вопросам деятельности кредитных учреждений, ставшая своеобразным кодифицированным источником международного банковского права стран сообщества.

С точки зрения материального права институциональная реформа была осуществлена с созданием Европейской системы центральных банков, оказавшей значительное влияние на систему источников банковского права. Страны-участницы ЕСЦБ передали Европейскому центральному банку и «системе» право принятия нормативных актов, имеющих общеобязательную силу и приоритет над национальным законодательством. Таким образом, страны ЕСЦБ, передав часть «национальных» полномочий, лишились суверенитета в банковской сфере.

ЕСЦБ очень сложно дать однозначную оценку с позиции теории права. «Система» не является юридическим лицом, она независима, т.е. не подлежит никакому ни юридическому, ни политическому контролю¹⁸, не является представителем стран, входящих в ее состав, и со стороны ее участниц также отсутствует контроль над ее деятельностью. Тем не менее, именно

данной «абстрактной» конструкции принадлежит право регулирования банковской деятельности в рамках сообщества и эмиссии денежных знаков.

Этот новый источник права произвел переворот в теории денег, потому что теперь только ЕЦБ принадлежит исключительное право эмиссии денежных знаков, которое на протяжении веков считалось исключительно национальным.

На современном этапе источники банковского права ЕС, являясь неотъемлемой частью банковского законодательства Франции, активно влияют на регулирование не только сложившихся банковских правоотношений, но и определяют перспективы его развития.

Профессиональные тексты во Франции регулируют в основном вопросы управления и функционирования кредитных учреждений, кредитного контроля. Все их можно разделить на две категории: первые носят регламентирующий характер, вторые — нет. Регламентирующие тексты могут выражаться в регламентах Комитета по банковской регламентации, решениях Совета по денежной политике. Но в то же время многие акты Банка Франции не носят регламентирующего характера, например, т.н. «мнение банкам» (*avis aux banques*), с помощью которого Банк Франции информирует банки об условиях совершения определенных действий.

Необходимо также отдать должное представителям судебной власти, которые придали ряду банковских обычаев силу закона. Влияние судебной практики на систему источников банковского права неоспоримо велико.

Обычаи и судебная практика образуют правовой источник только в отношении между профессионалами, они не применимы по отношению к клиентам банков. Обычаи устанавливают механизм текущего банковского счета, запрет на капитализацию процентов.

Содержание обычаев в некоторых случаях, например в случае спора, определяется путем экспертного заключения, выдаваемого президентом Французской ассоциации банков. Для некоторых операций обычаи и практика кодифицированы заботами профессиональных органов. Так, Палата международной торговли выработала единые правила и практику документарного аккредитива и положение о кассовых поступлениях.

Правила клиринговых палат — другой пример профессиональной регламентации. Банк Франции при установлении своих отношений с банками, обращающимися к нему с просьбой о рефинансировании, использует технику типовых контрактов, условия которых установлены по согласованию с профессионалами.

Следует отметить, что нормы банковского права Франции содержатся в большом количестве нормативных актов, которые в совокупности представляют его систему.

Источники банковского права неодинаковы по своей юридической силе, как это видно из первой приведенной классификации. Особая роль в системе источников принадлежит международно-правовым нормам, что во многом обусловлено вступлением Франции в Европейскую систему центральных банков.

В Российской Федерации в силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации, так же как и во Франции, являются составной частью правовой системы. Правовое регулирование банковской деятельности осуществляется на уровне норм Основного Закона государства — Конституции РФ; законов, непосредственно относящихся к банковской сфере, как например, Федеральный закон от 10 июля 2002 г. № 86-ФЗ «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)»¹⁹ и законов, косвенно регулирующих вопросы банковской деятельности, например, Закон РФ «Об образовании» (в ред. Федерального закона от 13 января 1996 г. № 12-ФЗ²⁰).

Значимое место в системе источников банковского права России принадлежит нормативным актам Банка России, которые не могут противоречить федеральному законодательству и не имеют обратной силы, а могут приниматься в форме указаний, положений и инструкций и сфера их регулирования велика.

Что касается обычаев делового оборота, так широко применяемых во Франции и даже кодифицированных, в России в силу молодости банковской практики эта группа источников на современном этапе находится в стадии становления²¹.

В заключение следует отметить, что при сравнении банковского законодательства России и Франции, в первую очередь, становятся заметными системность и стабильность законодательства Франции. Во многом это обусловлено иной историей развития финансового и в

частности банковского права во Франции. Не секрет, что долгие годы в России финансовое право переживало период застоя и лишь в начале 90-х гг. прошлого века стало активно развиваться в связи с переходом государства к рыночным отношениям.

Интересно, что структура Банка Франции была положена в основу банковской системы в России XIX в. За эти годы две изначально схожие банковские системы развивались в различном историческом контексте.

Опыт Франции был выбран для сравнительно-правового анализа не случайно, во-первых, потому что законодательство Франции принадлежит к романо-германской правовой семье, которая наиболее близка к российской правовой системе, а во-вторых, правовые институты Франции чрезвычайно схожи с российскими аналогами и изучение опыта именно этого государства может иметь большое теоретическое и практическое значение.

¹ См., например: *Кулапов В.Л.* Теория государства и права: учебное пособие. 3-е изд., испр. и доп. Саратов, 2005.

² Ord. № 2000-1223, 14 déc. 2000, portant promulgation de la partie législative du Code monétaire et financier. D. № 2005-1007, 2 août 2005, portant promulgation de la partie réglementaire du Code monétaire et financier.

³ См.: Концепция Банковского кодекса России (предварительные материалы) // Аналитический вестник Аппарата Совета Федерации. 2000. № 15 (127).

⁴ См.: Финансовое право: учебник / отв. ред. Н.И. Химичева. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2007. С. 66; Финансовое право / под ред. О.Н. Горбуновой. М., 1996. С. 28.

⁵ См.: *Ашмарина Е.М.* Некоторые аспекты расширения предмета финансового права в Российской Федерации. М., 2004.

⁶ Séminaire franco-russe «Qualité de la réglementation». Moscou, 2002. P. 105–113.

⁷ JO. 1947. 25 mars. P. 2774.

⁸ JO. 1984. 25 janvier. P. 400.

⁹ См.: Большой юридический словарь. 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. А.Я. Сухарева. М., 2007. С. 553.

¹⁰ JO. 2000. 12 février. P. 2244.

¹¹ JO. 1998. 2 août. P. 11883.

¹² См.: Большой юридический словарь. 3-е изд., перераб. и доп. / под ред. А.Я. Сухарева. С. 163.

¹³ JO. 1990. 10 mars. P. 2968.

¹⁴ JO. 1991. 23 février. P. 2713.

¹⁵ JO. 1999. 21 avril. P. 5901.

¹⁶ Neau-Leduc Ph. Droit bancaire. Paris, 2005. P. 3–5.

¹⁷ Modif. dir. № 2000/28/CE, 18 sept. 2000 (JOCE L 275, 27. Oct. 2000. P. 39).

¹⁸ Neau-Leduc Ph. Droit bancaire. Paris, 2005. P. 5.

¹⁹ См.: СЗ РФ. 2002. № 28, ст. 2790.

²⁰ См.: Там же. 1996. № 3, ст. 150.

²¹ См.: *Алексеева Д.Г., Пыхтин С.В., Хоменко Е.Г.* Банковское право: учебное пособие. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2005. С. 36.

М.В. Быкова

СУБЪЕКТЫ ЛИЗИНГОВОЙ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ В НАЛОГОВЫХ ПРАВООТНОШЕНИЯХ

Анализ мирового опыта показывает, что лизинговые операции в последние годы стали существенным фактором стабилизации и развития экономики во многих странах. Темпы роста объема лизинга в них значительно превышают темпы прироста частных капиталовложений в производство машин и оборудования. Лизинг широко используется при сбыте продукции как на внутренних, так и на внешних рынках¹.

Как правило, лизинговое соглашение заключается на один имущественный объект, на одну единицу оборудования или транспортного средства и срок его действия совпадает или близок к нормативному сроку жизни предмета аренды. Для случаев аренды особо дорогого оборудования (авиалайнеры, танкеры, буровое оборудование, комплектные производственные линии и т.д.), когда требуется привлечение нескольких источников финансирования, могут

© М.В. Быкова, 2009

Аспирант кафедры финансового, банковского и таможенного права Саратовской государственной академии права.

закключаться соглашения о т. н. «групповом²», или «раздельном лизинге»³. По таким соглашениям лизинговая компания выступает организатором синдицированного финансирования, в котором принимают участие несколько банков, иногда из разных стран.

В западных странах имеют место существенные различия, касающиеся кодификации и унификации лизинговых сделок и всего механизма лизинговых отношений. Однако эти страны едины в том, что средствами денежного и бюджетного регулирования они поощряют накопления; средствами налогового регулирования — инвестиции в обновление производственного потенциала предприятий; средствами таможенного и валютного регулирования — экспорт капиталоемкой и наукоемкой продукции и защищают своих внутренних производителей от недобросовестной конкуренции извне.

По-разному решается вопрос о субъектах лизинговых отношений. Так, во Франции лизинговые сделки могут осуществлять только банки и связанные с ними специализированные финансовые организации (что отражает позицию французских властей, считающих лизинг разновидностью кредитования)⁴. В Бельгии заниматься лизингом могут компании, получившие специальное разрешение министерства экономики⁵. В Италии лизинг считается видом финансовой деятельности, и компания-лизингодатель должна обладать определенным размером капитала⁶. Ирландия установила специальные льготы для сферы технических и профессиональных услуг и в последние годы превратилась в признанный центр международного лизинга.

В США⁷ подобных ограничений нет, и в принципе любое предприятие может сдавать в аренду как свое, так и специально приобретенное для этого имущество. На деле многие производители дорогостоящего промышленного и офисного оборудования вместо продажи сдают его в аренду. В некоторых отраслях доля сдаваемого в аренду оборудования достигает 30 % и более. Особенно велика доля арендных операций при реализации тяжелых самолетов, грузовиков и контейнеров, вычислительной техники. В общем объеме лизинговых операций (аренды на длительные сроки) доля вычислительной техники и офисного оборудования превышает 40 %, промышленного оборудования — более 20 %. Вместе с тем в США широко распространена и практика короткой и сверхкороткой аренды (иногда всего на несколько дней или даже часов) — в строительстве, торговле, сфере туризма, шоу-бизнесе и т. д.

В США крупные фирмы-производители часто открывают свои собственные специализированные лизинговые фирмы, нередко в странах ближе к рынкам сбыта или в удобных экономических зонах⁸. Так, «Боинг» имеет свою специализированную фирму по лизингу самолетов и авиатехники в зоне льготного налогообложения в Ирландии. Крупные банки иногда образуют свои лизинговые подразделения в целях развития программ товарного кредитования.

В России в соответствии с Федеральным законом от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)» (с изм. от 26 июля 2006 г.)⁹ субъектами лизинговых отношений признаются три лица (выступающие как физическое или юридическое лицо): лизингодатель, лизингополучатель и продавец (поставщик). Их отношение к предмету лизинга выражается следующим образом:

продавец (поставщик) заключает договор купли — продажи на предмет лизинга с лизингодателем и поставляет этот предмет лизинга лизингополучателю;

лизингодатель приобретает предмет лизинга в свою собственность и передает его на условиях договора лизинга лизингополучателю;

лизингополучатель получает предмет лизинга в пользование (оперативное управление) и использует (эксплуатирует) его за свой счет и в своих интересах, выплачивая собственнику предмета лизинга (лизингодателю) установленные договором лизинговые платежи.

Некоторые авторы полагают, что наряду с лизингодателем, лизингополучателем и поставщиком имущества в качестве субъектов лизинга могли бы выступать кредиторы и страховщики, принимающие участие в финансировании приобретения лизингового имущества и в его страховании¹⁰.

Их оппоненты полагают, что включение в перечень возможных субъектов лизинга гаранта, страховщика, инвестора, неоправданны, поскольку это не является необходимой и всегда присутствующей характеристикой лизинговых отношений¹¹. По их мнению, сведения о страховщике и гаранте следует искать в соответствующих главах Гражданского кодекса РФ (гл. 48

«Страхование», гл. 23 «Обеспечение исполнения обязательств», включающая такие способы обеспечения обязательств, как поручительство, банковская гарантия, задаток и другие) и иным специальным законодательстве.

Более правильной представляется первая позиция. Действительно, можно согласиться, что кредиторы и страховщики не всегда участвуют в сделках, связанных с лизингом имущества. Однако в данном вопросе необходимо исходить из российских реалий лизинговой деятельности. А они таковы, что лишь считанное количество лизинговых компаний имеет возможность использовать собственные средства, причём в небольшом объёме, для приобретения оборудования по заказу лизингополучателя. Определяющую роль в процессе финансирования большинства лизинговых сделок играют банки. Не случайно основная часть реально действующих компаний создана при банках. В ряде лизинговых компаний («Индустрия-М», «ИнтерЛизинг», «Красные ворота», «Интерпромлизинг», «Госинкор-лизинг», «ММБ-лизинг» и другие) разработкой ключевых вопросов по каждой конкретной лизинговой сделке занимаются специалисты банка-учредителя. Обоснованность такой позиции, на наш взгляд, обуславливается сущностью права, его «обслуживающей» ролью по отношению к экономической надстройке.

Субъекты лизинговых отношений в соответствии с налоговым законодательством РФ выступают плательщиками следующих основных налогов: налог на доходы физических лиц или на прибыль организаций, налог на имущество и налог на добавленную стоимость.

Участие продавца в лизинговых отношениях ограничивается продажей имущества (предмета лизинга) и его налоговые обязательства определяются в обычном порядке. Каких-либо льгот за предоставление другим участникам лизинговых отношений предмета лизинга для него не предусмотрено¹².

Лизингополучатель получает доход (прибыль) от коммерческого использования предмета лизинга. Поскольку текущие лизинговые платежи за предмет лизинга непосредственно связаны с извлечением дохода от этого предмета лизинга, то суммы этих платежей при исчислении налога на прибыль (доход) подлежат отнесению на себестоимость продукции в году их реализации. Выкупные платежи, в результате которых лизингополучатель получает предмет лизинга в свою собственность (приобретает его как свой капитальный актив), не могут быть отнесены на себестоимость и их источником является свободная прибыль предприятия. Таким образом, эти платежи увеличивают облагаемый доход (прибыль) предприятия и, соответственно, увеличивают размер налоговых платежей предприятия.

Взимание налога на имущество в отношении предмета лизинговых отношений зависит от того, на чьем (из участников лизинговых отношений) балансе учитывается предмет лизинга, что, в свою очередь, определяется условиями лизингового соглашения. Если соглашение устанавливает, что предмет лизинга должен учитываться на балансе лизингополучателя, то плательщиком налога на имущество признается лизингополучатель. Если переданное в лизинг имущество остается на балансе лизингодателя, то плательщиком налога на имущество является лизингодатель¹³.

В отношении обязательств по налогу на добавленную стоимость положение лизингополучателя определяется также моментом принятия предмета лизинга на балансовый учет. Суммы налога на добавленную стоимость должны включаться лизингополучателем как в текущие, так и выкупные лизинговые платежи на всем протяжении действия лизингового соглашения, однако вычет их в полном объеме из сумм налога, подлежащих внесению в бюджет, возможен только с момента принятия предмета лизинга на балансовый учет.

Лизингодатель как плательщик налога на прибыль должен включать все полученные им лизинговые платежи в состав налоговой базы.

Исключение из этих правил предусмотрено для малых предприятий. Последние освобождены от обложения налогом на добавленную стоимость при заключении лизинговых соглашений, и, соответственно, они не включают суммы НДС при исчислении платежей по указанным лизинговым соглашениям (зачет НДС для них при принятии на учет предмета лизинга также не предусмотрен).

В отношении сделок международного лизинга налоговое регулирование осуществляется либо в порядке совместного согласования между странами — партнерами режимов нало-

гобложения лизинговых сделок, осуществляемых с участием хозяйствующих субъектов из этих стран (в форме налоговых соглашений), либо путем одностороннего установления налоговых норм, регулирующих осуществление международных лизинговых сделок (в форме национальных налоговых режимов). Российская Федерация имеет налоговые соглашения практически со всеми развитыми странами мира, поэтому в отношениях с ними действуют нормы соответствующего налогового соглашения.

Таким образом, в настоящее время участники лизинговых отношений имеют возможность пользоваться льготами по налогообложению: стороны лизинговой сделки вправе применять ускоренную амортизацию с коэффициентом ускорения не выше трех; лизингополучатель включает лизинговые платежи в себестоимость продукции в полном объеме, уменьшая тем самым свою базу обложения налогом на прибыль; лизингодатель включает в себестоимость проценты по кредитам, использованным для приобретения лизингового имущества (с определенными ограничениями в отношении размера процентов).

Поэтому лизинг становится все более привлекательным для большего круга субъектов налоговых отношений в лизинговой деятельности.

¹ См.: *Прилуцкий Л.* Мировые тенденции развития лизинга // Закон. 1999. № 8. С. 90–95.

² Групповой лизинг отличается от других видов тем, что в качестве арендодателя выступает группа участников, которые учреждают специальную корпорацию (трастовую компанию и другие) и назначают доверенное лицо, которое совершает все необходимые операции по лизинговым отношениям.

³ Раздельный лизинг (частично финансируемый лизингодателем) состоит в том, что объединяет несколько кредитных организаций для финансирования крупных лизинговых проектов. Он предусматривает привлечение лизингодателем долгосрочного займа у одного — двух (простой вариант) или у нескольких (сложный вариант) кредиторов на сумму до 70–80 % от стоимости объекта лизинга.

⁴ См.: Закон Франции о лизинговых отношениях от 2 июля 1966 г. <http://www.allpravo.ru/library/doc99p/instrum> (дата обращения: 06.06.2007).

⁵ См.: Королевское Постановление о лизинге // www.unlease.ru (дата обращения: 10.06.2007).

⁶ См.: Закон Италии о лизинговых отношениях // <http://www.allpravo.ru/library/doc99p/instrum> (дата обращения: 10.06.2007).

⁷ См.: *Маслова И.Л., Анисимов М.* Лизинговые операции в финансовой и бухгалтерской отчетности: американский опыт и российская практика // Финансовый бизнес. 2001. № 11.

⁸ См.: *Анисимова Ю.М., Маслова И.Л.* Лизинговый бизнес в США // Экономист. 2002. № 8. С. 88–89.

⁹ См.: СЗ РФ. 1998. № 4, ст. 5394.

¹⁰ См.: *Газман В.Д.* Рынок лизинговых услуг. М., 1999. С. 306.

¹¹ См.: Там же.

¹² См.: *Васильева Е.В.* Особенности бухгалтерского учета и налогообложения лизинговых операций // Налоговый вестник. 2001. № 5.

¹³ *Акчурина С.* Лизинговые операции: проблема учета // Экономика и жизнь: бухгалтерское приложение. 2001. № 1.

И.А. Кранчева

ОБРАЩЕНИЕ ВЗЫСКАНИЯ НА ЗАРАБОТНУЮ ПЛАТУ, ПЕРЕЧИСЛЯЕМУЮ НА БАНКОВСКИЙ СЧЕТ

1 февраля 2008 г. вступил в силу Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве», направленный на совершенствование норм, регламентирующих вопросы исполнительного производства с учетом сложившейся судебной и правоприменительной практики за последние 10 лет. По объему он намного превосходит Федеральный закон от 21 июля 1997 г. № 119-ФЗ за счет более подробного регулирования различных стадий и процедур исполнительного производства.

Данный Закон не обошел и банковскую систему. В частности, он не только наделяет судебного пристава-исполнителя правом изымать и арестовывать денежные средства должника, находящиеся на счетах в банках или иных кредитных организаций, но и вводит новый порядок

© И.А. Кранчева, 2009

Аспирант кафедры финансового, банковского и таможенного права Саратовской государственной академии права, юрист-консульт юридического отдела ОАО «Губернский банк "Тарханы"» (г. Пенза).

исполнения. Если имеющихся на счета должника денежных средств недостаточно для исполнения содержащихся в исполнительном документе требований, то банк или иная кредитная организация перечисляет имеющиеся средства и продолжает дальнейшее исполнение по мере поступления денежных средств на счет или счета должника до исполнения содержащихся в исполнительном документе требований в полном объеме. Также Закон обязывает банк незамедлительно сообщать судебному приставу-исполнителю или взыскателю о произведенных перечислениях, т. е. он не учитывает того обстоятельства, что если банк крупный и постановлений о списании и аресте денежных средств в день приходит не один десяток, для того чтобы следить за поступлением денежных средств на счета должников, необходимо принимать в штат банка людей, специально занимающихся только одной этой проблемой.

Как правильно заметил Б. Журбин, Закон не урегулировал соотношение нормы об ограничении удержаний по исполнительному документу из заработной платы, приравненных к ней платежей (ст. 99) и ситуации, когда взыскание обращается на средства: размещенные должником в банковский вклад (в частности, пенсионный); зачисленные на банковский счет (в т. ч. карточный, открытый гражданину-работнику во исполнение договора на оказание услуг по выплате заработной платы в рамках платежной системы («зарплатный проект»), заключенного между банком и работодателем)¹.

Принятие нового Закона предполагало повышение эффективности исполнения актов судов и иных уполномоченных органов при максимальном обеспечении прав и свобод граждан и организаций. Также в данный Закон были включены следующие принципы исполнительного производства:

- 1) законность;
- 2) своевременность совершения исполнительных действий и применение мер принудительного исполнения;
- 3) уважение чести и достоинства гражданина;
- 4) неприкосновенность минимума имущества, необходимого для существования должника-гражданина и членов его семьи;
- 5) соотносимость объема требований взыскателя и мер принудительного исполнения².

Принцип неприкосновенности минимума имущества, необходимого для существования должника-гражданина, на практике реализуется путем применения норм ст. 98, 99, 101 Федерального закона «Об исполнительном производстве». В частности, в ст. 98 говорится о том, что судебный пристав-исполнитель обращает взыскание на заработную плату и иные доходы должника-гражданина в следующих случаях:

- 1) исполнение исполнительных документов, содержащих требования о взыскании периодических платежей;
- 2) взыскание суммы, не превышающей 10 тыс. руб.;
- 3) отсутствие или недостаточность у должника денежных средств и иного имущества для исполнения требований исполнительного документа в полном объеме.

Таким образом, Закон четко устанавливает требования, при которых возможно обращение взыскания на заработную плату должника.

Статья 99 нового Федерального закона «Об исполнительном производстве» устанавливает, что при исполнении исполнительного документа (нескольких исполнительных документов) с должника-гражданина может быть удержано не более 50 % заработной платы и иных доходов. Это ограничение размера удержания из заработной платы и иных доходов должника-гражданина не применяется при взыскании алиментов на несовершеннолетних детей, возмещении вреда, причиненного здоровью, возмещении вреда в связи со смертью кормильца и возмещении ущерба, причиненного преступлением. В этих случаях размер удержания из заработной платы и иных доходов должника-гражданина не может превышать 70 %.

Получается, что если соблюдены требования статьи 98 ФЗ «Об исполнительном производстве» и взыскание обращено на заработную плату, то в любом случае с должника-гражданина может быть удержано не более семидесяти процентов заработной платы и иных доходов.

Однако на практике происходит следующее. Поскольку сейчас большинство крупных организаций перешли на систему начисления заработной платы на пластиковые карты, практически у каждого работающего гражданина есть счет в банке, на который начисляются

заработанные им денежные средства за месяц. В соответствии со ст. 70 Федерального закона «Об исполнительном производстве» перечисление денежных средств со счетов должника производится на основании исполнительного документа и (или) постановления судебного пристава-исполнителя без представления в банк или иную кредитную организацию взыскателем или судебным приставом-исполнителем расчетных документов.

Если денежные средства имеются на нескольких счетах должника, то судебный пристав-исполнитель в постановлении указывает, с какого счета и в каком объеме должны быть списаны денежные средства.

Если на денежные средства, находящиеся на счетах должника, наложен арест, то судебный пристав-исполнитель в постановлении указывает, в каком объеме и порядке снимается наложенный им арест с денежных средств должника. Банк или иная кредитная организация обязаны в течение 3-х дней со дня получения постановления сообщить судебному приставу-исполнителю об исполнении указанного постановления.

Не исполнить постановление полностью банк или иная кредитная организация может в случае отсутствия на счетах должника денежных средств либо в случае, когда на денежные средства, находящиеся на указанных счетах, наложен арест или когда в порядке, установленном законом, приостановлены операции с денежными средствами.

Исходя из этого, мы видим, что при поступлении в банк постановления судебного пристава-исполнителя банк обязан списать денежные средства со счетов должника и не исполнить постановление в случае, если на текущий счет начисляется заработная плата, банк не может, т. к. в Законе перечислены возможные случаи такого неисполнения.

Наличие счетов у должника значительно облегчает работу судебным приставам-исполнителям, т. к. существует возможность получить денежные средства, не занимаясь арестом имущества и другими длительными процедурами. Достаточно прислать запрос в банк о наличии счетов должника и в случае положительного результата прислать постановление об аресте и списании денежных средств. При этом судебные приставы-исполнители не утруждают себя тем, чтобы уточнить природу средств, находящихся на счете должника, а в большинстве случаев заработная плата является единственным средством существования должника.

Закон в ст. 9 предусматривает порядок исполнения лицами, выплачивающими должнику-гражданину периодические платежи, судебного акта, акта другого органа или должностного лица. К этим организациям можно отнести следующие:

- организации, в которых работает должник;
- граждан, зарегистрированных в установленном порядке в качестве индивидуальных предпринимателей, с которыми должником заключен трудовой договор;
- органы, выплачивающие должнику пенсии, пособия и т. д.;
- учебные заведения, выплачивающие стипендию.

Новый Закон предоставляет взыскателю такое право в качестве альтернативы направлению исполнительного документа для принудительного исполнения в службу судебных приставов. Представляется, что данный порядок позволит обеспечить оперативность взыскания с должника суммы долга, снизив при этом служебную нагрузку судебного пристава-исполнителя, которая в настоящее время является чрезмерной³.

Таким образом, ответственность по исполнению требований Закона в отношении списания заработной платы ложится на лиц, выплачивающих должнику-гражданину периодические платежи. Если требования Закона нарушены, данные лица могут отказать взыскателю, что банк никак не может себе позволить.

На практике происходит следующее: в банк приходит постановление о списании денежных средств в определенной сумме и с указанного счета, банк проверяет наличие счета, если указанный счет существует, идет проверка наличия денежных средств на счете и, несмотря на то, что на счет перечисляется заработная плата, банк обязан исполнить требование полностью, а если имеющихся на счетах должника денежных средств недостаточно для исполнения содержащихся в исполнительном документе требований, то банк или иная кредитная организация перечисляет имеющиеся средства и продолжает дальнейшее исполнение по мере поступления денежных средств на счет или счета должника до исполнения содержащихся в исполнительном документе требований в полном объеме. О произведенных перечислениях банк или иная

кредитная организация незамедлительно сообщает судебному приставу-исполнителю или взыскателю, если исполнительный документ поступил от взыскателя⁴.

Конечно, нельзя не говорить о возможности возврата денежных средств при выяснении проблемы с самим приставом-исполнителем либо обжалования данного постановления в судебном порядке. Но пока судебный пристав-исполнитель исправит свою ошибку, а возврат денежных средств с государственных счетов процедура длительная, или в случае отказа судебного пристава-исполнителя будут правильно оформлены и пройдены судебные процедуры, человеку не на что будет жить, т. к. все его средства будут заблокированы.

Эта проблема затрагивает не только права граждан, но и интересы банка. В связи с тем, что как только у должников появляется проблема со снятием денег со счета, они идут в банк со своими претензиями. В соответствии со ст. 6 Закона «Об исполнительном производстве» законные требования судебного пристава-исполнителя обязательны для всех государственных органов, органов местного самоуправления, граждан и организаций и подлежат неукоснительному выполнению на всей территории Российской Федерации. Поэтому банк ничем не может помочь своему клиенту, что, естественно, не поднимает его авторитета перед клиентами.

Существует необходимость решения этого спорного момента, внесением в закон уточнения о том, что если счет предназначен для начисления заработной платы, то необходимо применять к нему требования гл. 11 Закона «Об исполнительном производстве» либо введения такого понятия, как «зарплатный счет», для того чтобы к нему автоматически предъявлялись требования гл. 11 Закона.

¹ Журбин Б. Пристав в банке // ЭЖ-Юрист. 2008. № 29.

² Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» // СЗ РФ. 2007. № 41, ст. 4849.

³ См.: Комментарий к Федеральному закону от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве» (постатейный) / под общ. ред. Ю.А. Дмитриева // Система ГАРАНТ (дата обращения: 15.10.2008).

⁴ См.: Там же.

М.Н. Сорокина

ТАМОЖЕННЫЕ РЕФОРМЫ РОССИИ XIX ВЕКА: ПРАВОВОЙ АСПЕКТ

К концу 50-х гг. XIX в. основополагающим вопросом экономической жизни России стал выбор пути общественного развития. Задача догнать более развитые в экономическом отношении страны предусматривала необходимость выработки стратегии, которая начала осуществляться в 60-е гг. и продолжалась вплоть до конца века с некоторым смещением акцентов в зависимости от того, кто стоял во главе страны и с учетом перемен во внешнеполитическом курсе.

В конце XIX – начале XX в. в международной политике России, наряду с территориальными, на первый план выходят материальные, экономические интересы. Страна в это время обладала единой огромной территорией, выходами в мировой океан. Ее внешняя политика обуславливалась двумя позициями: обеспечением государственной безопасности и народнохозяйственной деятельностью, т.е. экономическими интересами. По своему географическому положению, численности населения, наличию природных богатств, широкой возможности развития промышленности, сельского хозяйства и торговли Россия оказалась самой бедной страной Европы, лакомым куском в процессе поглощения ее внутреннего рынка. Вместе с тем при всей своей бедности и экономической отсталости Россия обладала достаточными силами, чтобы отстаивать свою экономическую независимость и добиться равноправных торговых отношений, международного равновесия в сфере взаимоотношений с ведущими странами мира¹.

© М.Н. Сорокина, 2009

Аспирант кафедры финансового, банковского и таможенного права Саратовской государственной академии права.

Российская промышленность в 50–60-е гг. XIX в. нуждалась в сильной таможенной политике из-за сложившейся экономической ситуации, отягченной крепостническими пережитками. Так, российская бумаготкацкая промышленность возникла намного позднее, чем в европейских странах, а потому не могла в полной мере окупить все те финансовые затраты, на которые пошли отечественные промышленники при ее становлении. Снижение же таможенных пошлин на иностранные бумаготкацкие товары не только не побуждало российских промышленников к усовершенствованию и удешевлению своих товаров, но даже, наоборот, отнимало все финансовые средства к развитию. Значительное же понижение импортных пошлин на бумаготкацкие товары вело не только к их банкротству, но и к «упадку нашего общего кредита и лишению заработков значительного числа рабочих, едва приобретающих в настоящее время возможность к прокормлению своих семейств»².

Такое положение было практически во всей экономике России, что было неизбежно при понижении таможенных пошлин на иностранную продукцию. Все это привело к тому, что многие отечественные производства прекратили свое существование. Такая таможенная политика вызвала падение темпов среднегодового прироста производства в ее отдельных отраслях.

В 1877 г. была введена золотая пошлина, посредством которой ставки пошлин автоматически повышались на 50 %, затем произошло повышение пошлин в 1881 г. на 10 %, в 1885 г. — на 20 и 25 %.

В 80-х гг. с докладами и публикациями, содержащими анализ и оценки таможенной политики, в экономических обществах, на съездах промышленников, представителей торговли, в экономических и общественно-политических изданиях выступили многие видные экономисты, финансисты, промышленники, политики и публицисты. В дискуссию была вовлечена практически вся общественность страны. В ходе ее обострилась борьба противоположных позиций сторонников протекционизма и фритредерства (свободной торговли), которая стала своеобразным водоразделом российского общественного мнения по вопросам выбора целесообразной для страны таможенно-тарифной политики, ее характера и содержания. Больше всего препятствий, предубеждений возникло на пути сторонников протекционизма, потому что им приходилось доказывать необходимость смены политики, выбора нового курса.

Отправные аспекты их позиции емко выразил известный экономист, председатель Общества содействия русской промышленности и торговли Н.А. Шавров. Анализируя финансовое состояние России в тесной связи с ее экономическим развитием, он писал, что отказ от покровительственной политики в сложившейся обстановке в стране убил бы российские фабрики и тем самым нанес бы удар фабрично-заводскому населению. Введение протекционизма в России, по его мнению, диктуется тем, что она не может конкурировать в дешевизне с европейскими товарами, «так как создание фабрик у нас намного дороже, сырьевые и красящие вещества поступают из-за границы, процент на капитал выше, топливо дороже»³.

Историю развития тарифной политики, как считает Н.А. Лебедев, можно условно разделить на три наиболее крупных этапа, каждый из которых под влиянием разного рода обстоятельств — политических, социальных, экономических, событий, происходящих в соответствующий период, и факторов, их определяющих, претерпевал известные изменения. Эти этапы иллюстрируют колебания в тарифной политике и переходы от протекционизма к фритредерству и наоборот.

Как показывает практика, стратегические перемены не были столь частыми, однако совершенствование действующих тарифов проводилось постоянно. Каждый из этапов с учетом всего комплекса проблем оказался обоснованным и закономерным. В XIX в. в стране было принято несколько таможенных тарифов:

1-й — протекционистский этап тарифной политики хронологически определяется периодом от начала XIX в. до издания тарифа 1850 г., когда доминирующей оставалась запретительная система в виде строгого протекционистского ограничения ввоза и высоких тарифных ставок с некоторой трансформацией от запретов в сторону усиленного протекционизма; при этом фритредерские тарифы 1816 и 1819 гг. были временными, вызванными внешнеполитическими обстоятельствами;

2-й этап, когда тарифы 1850, 1857 и 1868 гг. принимают умеренный, но скорее фритредерский характер;

3-й этап — возвращение к протекционизму, когда с 1877 г. вновь наблюдается отход от фритредерства. В развитии таможенной политики начался новый этап, который постепенно привел к высокому охранительному тарифу 1891 г., преемственность принципов которого оставалась неизменной до Октябрьской революции 1917 г.⁴

С точки зрения тарифной политики, показательно первая половина XIX в., поскольку, во-первых, к этому времени был накоплен опыт использования возможностей применения тарифа, его гибкости. Накопление этого опыта выражалось в том, что тарифы первой половины XIX в. не только сменяли друг друга (1810, 1816, 1819, 1822 гг.), но и постоянно уточнялись (в 1824–1826, 1830, 1836, 1838 и в 1841 гг.), что в целом способствовало проведению избранного протекционистского курса таможенной политики.

Во-вторых, первая половина XIX в. показала, что тариф, если он хорошо проработан, если в нем учтены все условия реализации, может быть устойчивым и использоваться относительно длительное время.

Разработка тарифа 1891 г. осуществлялась под общим руководством Д.И. Менделеева — наиболее яркого представителя протекционистского лагеря, отчетливо осознававшего роль таможенного тарифа. Менделеевым был дан подробный анализ отдельных статей тарифа с проектом предполагаемых ставок.

Министерство финансов ожидало получения определенного дохода, что выстроило фискальную направленность тарифа 1891 г.: на 63 % традиционно потребляемых в стране товаров возросли пошлины, особенно на сырье и полуобработанные материалы. Каждое снижение стоимости золотого рубля на 10 % влекло за собой повышение на 10 % всех пошлин соответственно.

Объясняя замысел своей работы, Д.И. Менделеев писал в заключении «Толкового тарифа...»: «В предлагаемой книге мне было желательно показать внутреннюю, рациональную и живую связь между тарифным делом и всем, начиная с экономического, развитием страны и доказать, что протекционизм, а не фритредерство имеет первее всего в виду всестороннее и наиболее широкое развитие как отдельных стран, так и всего человечества. А так как Россия уже давно живет не только лично своею жизнью, но и общечеловеческою, мировой, то она должна понять и принять, как приняло ее Правительство, истинные основания рационального протекционизма, потому что они исторически всюду испытаны и оправданы»⁵.

Идеи и доказательства целесообразности таможенного протекционизма, утверждавшиеся в общественных кругах, оказывали свое влияние на правительство. Об этом свидетельствуют взгляды представителей государственного аппарата на пути формирования политики таможенного покровительства. Активным выразителем и проводником их стал министр финансов, впоследствии Председатель Кабинета министров С.Ю. Витте. Он обосновал условия, необходимые для создания промышленности. Среди них — единство нации и правительства, поддерживающегося протекционистскою таможенною политикою. С.Ю. Витте писал: «Император Александр III заложил основу нашей таможенной протекционистской системы...»⁶.

Главное внимание экономической политики С.Ю. Витте было направлено на решение финансово-политической проблемы в России. Для этого им были осуществлены такие значительные преобразования в экономической жизни, как успешное проведение борьбы против спекуляций с русскими бумажными деньгами на иностранных биржах, заключение торговых договоров с государствами, являвшимися важнейшими потребителями русских сельхозпродуктов, реформа Государственного банка, усиление налогообложения, интенсивное расширение железнодорожной сети, последовательное покровительство индустрии, сочетавшееся с широким привлечением иностранного капитала, поощрение вывоза при помощи тщательно продуманной системы стимулирующих мероприятий, введение льгот для сельского хозяйства, хлебной торговли и т.д.

Под влиянием Витте был сделан важнейший шаг в развитии национальной таможенной системы. Россия отказалась от принципа т.н. «тарифной автономии» и стала практиковать соглашения о конвенциональных тарифах. Дело в том, что международные торговые соглашения до середины XIX в. обычно не касались таможенных пошлин и не знали принципа наибольшего благоприятствования. Это были соглашения об исключительных преимуществах, предоставляемых какой-нибудь одной стране без права распространения на другие страны.

Улучшая положение одного государства, они ухудшали тем самым положение другого. Торговые договоры эпохи меркантилизма, основываясь на идее международной торговой вражды и недоверия, отражали общий дух этой доктрины.

Говоря о российской таможенной политике в данный исторический период, а точнее о ее главных задачах, следует особо подчеркнуть, что первой задачей российского правительства в этой области было пополнение государственной казны таможенными доходами за счет сбора таможенных пошлин не только с импортных, но и с экспортных товаров. «Основной частью таможенного дохода России, а именно, 98 % от его общей суммы, являлись таможенные пошлины с иностранных товаров. Если в середине XIX в. они составляли только 15 % от общей стоимости иностранных товаров, то в его конце — уже 47 %»⁷. Из приведенных расчетов становилось очевидным, что в период политики протекционизма таможенный доход России рос более высокими темпами, чем в период фритредерства. Здесь важно еще раз обратить внимание на то, что главной причиной такого заметного увеличения таможенного дохода России в конце XIX в. стал переход на взимание таможенных пошлин золотой монетой. Это было вызвано рядом обстоятельств, к числу которых следовало бы отнести следующее:

постоянное падение рубля. Если в 1850 г. 1 кредитный рубль — 98,7 золотых копеек, то в 1876 г. — 80,6 золотых копеек;

ежегодное увеличение в обращение количества бумажных денег. Так, если в 1850 г. в обращении ходило 300,3 млн руб., то в 1876 г. — 797,3 млн руб.»⁸.

Из приведенных М.Н. Соболевым цифр, становилось очевидным, что инфляция в России сводила практически к нулю любой рост таможенных доходов, в то время как взимание российским правительством таможенных пошлин именно золотой монетой давало возможность России получать стабильно высокий таможенный доход, позволяющий защитить ее от различного рода экономических потрясений. Именно в данный исторический период (последняя четверть XIX в.) таможенный сбор в России стал занимать второе место среди статей государственного дохода «после питейного сбора»⁹.

Правительство России имело большую заинтересованность как в развитии внешней торговли, так и в формировании для России положительного внешнеторгового баланса. Полученные от экспорта денежные средства шли, в первую очередь, на погашение долгов иностранным кредиторам. Что касается отрицательного внешнеторгового сальдо, то это привело к тому, что правительство расплачивалось с иностранными кредиторами золотым запасом страны. «Более того, если в 1851–1876 гг. Россия имела среднегодовое отрицательное сальдо в 33,4 млн руб., то за 1877–1900 г. — уже положительное сальдо в 125,3 млн руб.»¹⁰.

Таким образом, с помощью политики таможенного покровительства российскому правительству удалось добиться значительных успехов в развитии внешней торговли. Кроме того, за счет крупного увеличения экспорта при сокращении темпов роста импорта России удалось сформировать большое положительное сальдо, которое во времена фритредерства чаще всего было отрицательным. И последнее, ведение протекционистской таможенной политики в России диктовалось объективными причинами, такими как необходимость защищать свою промышленность от внешней конкуренции и стремление достичь определенного уровня экономического развития. В этом плане таможенная политика протекционизма своей цели достигла. Ведь именно таможенное покровительство не уничтожает конкуренции между производителями, а наоборот ей способствует, отчего повышается качество промышленных изделий, а цены на них становятся ниже. Протекционистская таможенная политика второй половины XIX в. дала мощный толчок развитию российской политики, что, в конечном счете, и позволило России заметно укрепить свое как экономическое, так и политическое положение в мире. И еще одно не менее важное обстоятельство, к концу XIX в. в России сложилась единая система таможенных органов, происходила трансформация правовой базы в сфере таможенной политики, о чем говорит тот факт, что в 1892 г. был принят новый Таможенный Устав, наполненный глубоким содержанием, в частности предусматривавший ответственность за «квалифицированную» контрабанду.

Анализ взглядов на целесообразность осуществления покровительственной таможенной политики в России показывает, что ее введение диктовалось объективной потребностью, вытекающей из условий, сложившихся в России в конце XIX в.

Россия, по мнению В.Н. Крихунова, находясь в окружении промышленно развитых стран Западной Европы, не имела альтернативных путей выхода из экономической отсталости и создания своей промышленности без применения протекционистской таможенной политики.

Осуществление охранительной системы диктовалось преобладанием аграрного сектора в народном хозяйстве, необходимостью вывести страну из промышленно отсталой в передовую и на этой основе поднять земледелие. В протекционизме нуждались финансово-кредитная система, социальная сфера, культура.

В столкновении взглядов в общественных и правительственных кругах на характер таможенной политики в рассматриваемый период победили протекционисты. Сделанный выбор позволил вывести Россию на прогрессивный путь развития и решить ряд экономических и политических проблем, приблизить уровень экономического развития страны к уровню западных передовых стран. Это подтверждается всем ходом социально-экономического развития России.

¹ См.: *Иванов К.Е.* Таможенная политика Российской империи в конце XIX – начале XX века: переход к системе конвенциональных торговых соглашений. СПб., 2006. С. 226.

² Российский Государственный Исторический Архив (РГИА). Ф. 1244. Л. 454.

³ *Шавров Н.А.* О причинах современного финансового и экономического состояния России. СПб., 1882.

⁴ См.: *Лебедев Н.А.* Таможенная политика в системе экономической политики государства: сущность, этапы, результаты (на примере России XIX века). М., 2002. С. 96.

⁵ *Менделеев Д.И.* Заветные мысли. Б.м., б.г. С. 101.

⁶ *Витте С.Ю.* Воспоминания (1849–1894 гг.). М., 1960. Т. 1. С. 369.

⁷ *Соболев М.Н.* Таможенная политика России во второй половине XIX века. Томск, 1911. С. 842.

⁸ Там же. С. 844.

⁹ *Смирнова Е.М.* Становление и развитие таможенной политики России в период с XIII по XX век (историко-правовой аспект). СПб., 2007. С. 116.

¹⁰ *Хромов П.А.* Экономическое развитие России в XIX–XX веках. М., 1950. С. 439.

**М.С. Рыбак,
А.П. Алешина**

СУДИМОСТЬ И РЕЦИДИВ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Одни из основных, обязательных и образующих признаков рецидива преступлений — непогашенная и не снятая судимость за предыдущее умышленное преступление. По смыслу закона речь идет о неснятой и непогашенной судимости. Это означает, что лицо в прошлом признавалось судом виновным в совершении умышленного преступления. Отнесение судимости к числу признаков рецидива преступлений свидетельствует о том, что лицо уже находилось с государством в уголовно-правовых отношениях, и в силу этого должно было по логике вещей сделать соответствующие выводы. При рецидиве преступлений сам рецидив прямо указывает на ту или иную степень устойчивости криминальной направленности в поведении преступника, а следовательно, требует должного правового реагирования. Лицо, учинившее два или более тождественных или однородных преступных деяния, с точки зрения Н.С. Таганцева, по привычке к преступной деятельности или вследствие обращения такой деятельности в промысел, должно подлежать более тяжелой ответственности¹.

Рецидив преступлений — более сложное правовое явление, чем совершение нового деяния². Принципиально важной в этой связи является проблема четкого правового закрепления данного института.

В теории уголовного права среди ученых, признающих уголовно-правовой рецидив, нет единства мнений о существенных признаках этого явления³. Будучи единодушными во мнении о том, что уголовно-правовой рецидив имеет место тогда, когда лицо при наличии судимости совершает новое преступление, ученые расходятся в оценке различных обстоятельств, относящихся к повторению преступлений. Некоторые считают, что рецидив будет иметь место лишь в случаях, когда лицо совершает повторное преступление после осуждения и полного или частичного отбытия наказания за первое (или предыдущее) преступление⁴.

Другие авторы придерживаются мнения о том, что для рецидива преступлений не имеет значения форма вины предыдущего и последующего преступлений⁵.

Ряд исследователей считают, что рецидив не может образовывать преступления, совершенные лицом в несовершеннолетнем возрасте⁶, большинство же вообще не придает значения возрасту лица при определении понятия «уголовно-правовой рецидив преступлений».

© М.С. Рыбак, 2009

Доктор юридических наук, профессор кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Саратовской государственной академии права.

© А.П. Алешина, 2009

Аспирант кафедры уголовного, уголовно-исполнительного права Саратовской государственной академии права.

Представляется, на наш взгляд, более правильной точка зрения других ученых, считающих, что для констатации не имеет значения факт частичного или полного отбытия наказания за предыдущее преступление⁷, а также, что рецидив могут образовать лишь умышленные преступления⁸.

Как показывает анализ приведенных суждений и авторских позиций, единственным образующим признаком рецидива, не вызывающим никаких возражений в среде исследователей этого правового института, является судимость. При этом следует иметь в виду, что рецидив преступлений может иметь место лишь в тех случаях, когда сочетаются прошлая и настоящая судимость по умышленной форме вины, а судимость за предшествующее преступление не снята и не погашена в установленном порядке.

Такой подход полностью согласуется с позицией законодателя (ч. 1 ст. 18 УК РФ), в соответствии с которой рецидивом признается совершение умышленного преступления лицом, имеющим судимость за ранее совершенное умышленное преступление. Закрепляя рецидив преступлений в качестве самостоятельного правового явления, законодатель тем самым усиливает уголовную ответственность при его наличии.

Совершенно очевидно, что совершение умышленного преступления лицом, имеющим судимость за ранее совершенное умышленное преступление, свидетельствует о повышенной общественной опасности такого лица и о необходимости применения к нему более суровых мер уголовно-правового воздействия. Общеизвестно, что уголовное наказание и порождаемое им состояние судимости, ощущаемые преступником на уровне сознания посредством чувств эмоций и переживаний при должном уровне личной самооценки, должно приобретать значение сдерживающего фактора. Им свойственно вызывать у виновного стремление больше не совершать преступлений из-за страха вновь ощутить уже пережитые страдания. Однако на практике не всегда удается удержать преступника от рецидива; напротив, большая часть рецидивных проявлений совершается в течение первого года после отбытия наказания, когда, казалось бы, в памяти еще не совсем стерлись негативные впечатления и пережитые страдания от наказания⁹.

Вместе с тем отмечается, что уровень рецидивной преступности со стороны иных категорий ранее судимых лиц достаточно высок. Так, исследования, проведенные рядом авторов (А.И. Алексеев, В.Е. Квашис, В.А. Ласточкин, Ю.В. Солопанов) показали, что в течение 10 лет после освобождения из ИТУ около 40 % ранее судимых вновь совершают преступления. Свыше половины вновь возвратившихся в ИТУ совершают преступления в первые 3 года, а 3/4 — в течение 5 лет после освобождения из мест лишения свободы¹⁰.

Характерной особенностью ранее судимой личности, в особенности рецидивной, является глубоко укоренившийся эгоизм, равнодушие и недоброжелательное отношение к окружающим, склонность к стремлению противопоставлять свое мнение мнению окружающих, игнорировать их требования и законные интересы. Проводимая воспитательная работа в условиях исправительного учреждения и вне его положительных результатов не приносит. Н.А. Стручков правильно отмечает: «Чем более опасен и испорчен заключенный, тем меньше он готов к восприятию обычного воспитательного воздействия»¹¹.

Криминальное поведение, а в условиях безнаказанности и правового либерализма особенно, как правило, имеет опасную для общества тенденцию перейти в устойчивую жизненную позицию, трансформируется в привычный и желаемый образ жизни. Если, по мнению В.М. Анисимова, индивидуальные антисоциальные привычки в определенных условиях перерастают в обязательные нормы поведения криминальных элементов, то они со временем приобретают силу традиций и обычаев, становятся основным костяком т. н. «естественных законов»¹². Потенциальная опасность такого преступника значительно повышается. Она не только присутствует постоянно, но и может достигать своего высшего предела и материализоваться в форме преступления практически в любое время. Изложенное позволяет констатировать, что от понятия опасного состояния личности преступника при рецидиве преступлений отказываться нельзя¹³.

Сущность такой общественной опасности состоит не просто в возможности, а в реальной возможности совершения нового преступления¹⁴.

Кроме того, в качестве причины рецидивных проявлений, на наш взгляд, можно в известной мере и с должной оценочной осторожностью рассматривать и естественно-субъективную,

врожденную склонность определенной категории лиц к криминалу, заложенную в их сознании даже на генетическом уровне. Такая природная предрасположенность врожденного или приобретенного свойства, наложенная на почву неблагоприятных условий социализации индивида, может характеризовать его в качестве потенциального криминально-способного и общественно опасного. Подобно тому, как современная медицина не ставит под сомнение и аргументированно доказывает наследственную склонность человека к определенным видам заболеваний, с определенной долей вероятности можно судить и об аналогичной природе криминальной предрасположенности, обусловленной аномальными явлениями, происходящими в его сознании. Вследствие ущербности сознания и самосознания личности волевая саморегуляция ее поведения может осуществляться по когнитивной программе, которая содействует совершению при соответствующих жизненных обстоятельствах аморальных и противоправных действий¹⁵.

Начиная с 20-х гг. прошлого века, некоторые ученые стали замечать, что заведомо не все преступники поддаются исправлению с помощью уголовного наказания. Поиск детерминант преступности привел их к выводам о том, что мотивация преступного поведения во многом зависит от психической полноценности индивидов, наличия или отсутствия у них психических патологий. Эти выводы впоследствии были подтверждены целым рядом ученых¹⁶.

Изучение причин рецидива показывает, что более 90 % лиц, совершивших рецидивные преступления, страдают диссоциальным расстройством личности, а у 58,6 % из них имеются, кроме этого, еще различные психические патологии. Лица с диссоциальным расстройством личности¹⁷ обычно характеризуются тем, что они не способны соблюдать принятые в обществе нормы поведения и вести себя в соответствии с законом, а напротив, склонны к повторному совершению противоправных действий¹⁸.

Приведенные доводы логично указывают на необходимость усиления борьбы с рецидивной преступностью, важным направлением которой является принятие продуманных, принципиальных, процессуально выверенных, законодательно оформленных правовых мер, устраняющих опасное для общества состояние.

Целесообразность особого подхода к вопросам правовой оценки рецидивной преступности подчеркивал Ю.И. Бытко, предлагая в свое время законодательное закрепление понятия «профессиональный преступник» с установлением специальных мер наказания и порядка его исполнения¹⁹. Аналогичные предложения высказывались в научной правовой литературе и ранее. Так, Е.Г. Ширвиндт и Б.С. Утевский вполне оправданно вводили в отечественную пенитенциарную науку давно утвердившееся в Западной Европе понятие «привычный преступник»²⁰. Они утверждали: «Не виновность, а их опасность представляет интерес для судебного и тюремного работника, точно так же, как не их конкретное деяние, а их личность представляет особую опасность для общества.... Главной задачей в отношении их является не исправление, а изоляция их от общества». Однако их трактовка данного феномена являлась небесспорной. По мнению В.М. Анисимова, по сути, эти авторы отодвинули на задний план утвердившиеся принципы уголовного и уголовно-исполнительного права — виновности и исправимости лица, совершившего преступление, и ввели понятие общественно опасной личности²¹.

Приведенные позиции представляются несколько категоричными и, в силу этого, недостаточно объективными. На наш взгляд, виновность лица, совершившего преступление в условиях рецидива, не может ставиться под какое-либо сомнение при условии, если эта виновность определена судом в установленном порядке. Вместе с тем иного отношения требует к себе такое правовое понятие, как «исправимость» профессионального преступника. Представляется, что в отношении этой категории лиц не надлежит строить каких-либо иллюзий в части их возможного исправления. Здесь в качестве приоритетной должна восприниматься задача не исправления преступника, а обеспечение безопасности общества путем удаления (изоляции) от него потенциально опасной личности. Пытаться исправить рецидивную личность означает, на наш взгляд, стремление к заведомо недостижимой и, в какой-то мере, даже иллюзорной цели в силу идеалистического представления о личности преступника и возможностях кардинального ее изменения (перековки). Само наличие рецидивной преступности, ее положительная динамика являются неоспоримым тому подтверждением.

Таким образом, рецидив преступлений совокупно следует рассматривать в качестве явления, выраженного в двух основных формах — в качестве правового понятия (вид множественности), а также в качестве обстоятельства, характеризующего личность преступника с соответствующим повышенным уровнем правовой оценки.

Несомненно, как справедливо отмечает Н. Коротких, судимость означает, что лицо в прошлом было признано виновным в совершении преступления и приговорено к определенной мере наказания. Включение судимости в число признаков рецидива предполагает, что человек уже наказан государством и должен сделать из этого соответствующие выводы²².

Анализ института рецидива указывает на то, что само основанное на рецидиве усиление ответственности дифференцируется в прямой зависимости от количества судимостей за ранее совершенные преступления, а также от их тяжести и тяжести вновь совершенного преступления. Статья 18 УК РФ выделяет 3 вида рецидива преступлений: простой (ч. 1), опасный (ч. 2) и особо опасный (ч. 3).

Общими критериями отнесения рецидива преступлений к одному из 3-х видов служат:

1) категория ранее совершенного (совершенных) и вновь совершенного преступлений (ст. 15 УК РФ);

2) число, характер и юридический статус на момент совершения нового преступления имеющихся у лица судимостей (ч. 4 ст. 18, ст. 86 УК РФ);

3) факт осуждения к реальному лишению свободы, т. е. осуждения к лишению свободы, когда назначенное наказание не постановлялось считаться условным (ч. 1 ст. 73 УК РФ) или по назначенному наказанию не предоставлялась отсрочка отбывания наказания (ч. 1 ст. 82 УК РФ). Условное осуждение к лишению свободы (ч. 1 ст. 73 УК РФ) или отсрочка отбывания наказания, отмененные впоследствии по основаниям, предусмотренным ч. 3–5 ст. 74 или ч. 2, 4 ст. 82 соответственно, считаются осуждением к реальному лишению свободы²³.

Отмечая значительный конструктивизм уголовного законодательства, следует указать на некоторую его непоследовательность в части объективной оценки рецидива преступлений как обстоятельства, существенно влияющего на правовую оценку степени общественной опасности личности правонарушителя.

Так, не оспаривая необходимость усиления уголовной ответственности при рецидиве преступлений, законодатель сохраняет за осужденным право на ходатайство об его условно-досрочно освобождении, усматривая в этом прямое выражение принципа гуманизма²⁴. С такой позицией, на наш взгляд, согласиться нельзя исходя из следующих обстоятельств:

1) при рецидиве преступлений к лицу, осужденному к лишению свободы, ранее уже применялось уголовное наказание в виде лишения свободы, оно подвергалось исправительному воздействию, но должных выводов для себя не сделало. Преступник при рецидиве преступлений прямо и цинично игнорирует требования законов и принятых в обществе норм и правил поведения, бросает своего рода «вызов» обществу, вынуждая тем самым государство принимать более строгие меры по защите общества и обеспечению его безопасности;

2) совершение нового умышленного преступления при рецидиве свидетельствует о стойкой криминальной направленности в поведении личности преступника, что логично предполагает применение более строгих мер уголовно-правового на него воздействия;

3) усиление защитных мер уголовно-правового характера должно выражаться не только в назначении более сурового наказания, но и в ужесточении условий его отбывания и сокращении возможностей освобождения от него до истечения установленного судом срока.

Более предпочтительной и логичной в этом вопросе, на наш взгляд, была законодательная позиция, сформулированная в УК РСФСР 1960 г., который имел в своем содержании иное понятие — особо опасный рецидивист (ст. 24.1)²⁵.

Отсутствие такого подхода в действующем УК совершенно оправдано. Вместе с тем законодательное устранение ст. 53.1 УК РСФСР и отсутствие ее аналога в УК РФ, на наш взгляд, нелогично.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что, несмотря на принципиальную разницу подходов законодателя к таким правовым понятиям, как «рецидив преступлений» и «особо опасный рецидивист», неизменным остается то, что в основе этих правовых явлений лежит судимость (предыдущая, последующая). А она (судимость) выступает здесь в качестве одного из основных критериев, характеризующих личность преступника.

Представляется правильной исходная теоретическая установка И. Штрайта о том, что нужно заботиться о человеке и всегда оказывать ему поддержку. Однако заботиться о человеке не означает, конечно, что с ним надо нянчиться, как с маленьким ребенком. В этом вопросе всегда должно быть чувство меры. В конечном счете от самого правонарушителя зависит, как сложится его дальнейшая судьба; он сам должен чувствовать ответственность за себя и стремиться встать на правильный путь. Там, где такого стремления нет, конфликт правонарушителя с обществом может еще более обостриться²⁶.

Приведенные суждения позволяют сформулировать следующие выводы и предложить соответствующие им предложения по внесению некоторых изменений и дополнений в действующее уголовное законодательство:

1) принцип гуманизма, исходя из его буквального толкования, должен иметь свое непосредственное выражение (кроме прочего), и в первую очередь в нормах охранительного порядка, одной из которых является ст. 68 УК РФ. В связи с этим представляется логичной некоторая ее корректировка. Так, п. 1 ст. 68 «ранее совершенных преступлений» дополнить словами «личность виновного». Пункт 3 указанной статьи следует исключить;

2) именно такой подход позволит внести логическую последовательность в правила, закрепленные в ст. 79 УК РФ. В этой связи представляется целесообразным дополнить указанную статью примечанием следующего содержания: «Не подлежат условно-досрочному освобождению от отбывания наказания лица, осужденные при всех видах рецидива, а также совершившие умышленные преступления в период оставшейся не отбытой части наказания»;

3) аналогичная установка должна сохраняться и при законодательной реконструкции ст. 73 УК РФ, дающей возможность применить наказание условно. Примечанием к этой статье должен быть установлен запрет на условное назначение наказания при всех видах рецидива преступления;

4) приведенные суждения, на наш взгляд, достаточно логично определяют необходимость не только предлагаемых конструктивных поправок уголовного законодательства, но и их обоснование на уровне его основополагающих принципов. В этой связи дополнение системы принципов действующего законодательства такими принципами, как дифференциация и индивидуализация назначения наказания и освобождения от наказания, а также неотвратимость уголовной ответственности и наказания, следует признать целесообразным.

¹ См.: *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Часть Общая. Тула, 2001. Т. 2. С. 367, 375.

² См.: *Коротких Н.* Судимость как признак рецидива преступлений // *Законность*. М., 2005. № 1. С. 1.

³ См.: *Бытко Ю.И.* Рецидив, отдаленный во времени: уголовно-правовое и криминологическое исследование / под ред. З.А. Астемирова. Саратов, 1984. С. 13.

⁴ См.: *Шаргородский М.Д.* Наказание по советскому уголовному праву. М., 1958. С. 43; *Шутов Ю.И.* Рецидивная преступность и меры борьбы с ней по советскому уголовному праву: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Свердловск, 1965. С. 11 и др.

⁵ См.: *Малков В.П.* Повторность преступлений. Казань, 1970. С. 124.

⁶ См.: *Ткачевский Ю.М.* Досрочное освобождение от наказания. М., 1962. С. 47.

⁷ См.: Там же. С. 49; *Шутов Ю.И.* Некоторые вопросы уголовного рецидива // *Вопросы государства и права*. Свердловск, 1964. С. 111.

⁸ См.: *Ткачевский Ю.М.* Указ. соч. С. 48; *Голубов Г.Д.* Некоторые вопросы ответственности за особо опасный рецидив по советскому уголовному праву // *Ученые записки ВНИИСЗ*. М., 1964. Вып. 1. С. 126; *Малков В.П.* Указ. соч. С. 56 и др.

⁹ См.: *Громов В.Г.* Об уголовном наказании в России. Уголовно-правовая политика и проблемы противодействия современной преступности // *Сборник научных трудов* / под ред. Н.А. Лопашенко. Саратов, 2006. С. 125.

¹⁰ Цит. по: *Журавлёв М.П.* Исправление и перевоспитание рецидивистов. М., 1975. С. 185.

¹¹ См.: *Стручков Н.А.* Классификация осужденных и видов ИТУ // *К новой жизни*. 1964. № 1. С. 36.

¹² См.: *Анисимков В.М.* Россия в зеркале уголовных традиций. Краснодар, 2003. С. 13.

¹³ См.: *Иванов А.К.* Отечественная криминология: курс лекций. Саратов, 1999. С. 140.

¹⁴ См.: *Велиев С.А.* Личность виновного и её исследование при назначении наказания // *Правоведение*. 2002. № 4. С. 158.

¹⁵ См.: *Высотина Л.А.* Детерминация социального поведения и задачи перевоспитания личности. Педагогические основы процесса исправления и перевоспитания осужденных в ИТУ. М., 1977. С. 22.

¹⁶ См.: *Бруханский Н.П.* Судебная психиатрия. М., 1928; *Душевно больные правонарушители и принудительное лечение* / под ред. П.Б. Ганнушкина. М., 1929; *Рапинов А.Р.* Судебная психология для следователей. М., 1967; *Антонян Ю.М., Бородин С.В.* Преступность и психические аномалии. М., 1987 и др.

¹⁷ См.: *Психические расстройства и расстройства поведения (F00–F99)* (Класс V МКБ-10 адаптированный для использования в Российской Федерации) / под общ. ред. Б.А. Казаковцева, В.Б. Голланда. М., 1998.

¹⁸ См.: *Громов В.Г.* Указ. соч. С. 126.

¹⁹ См.: *Бытко Ю.И.* Понятие рецидива преступлений. Саратов, 1978; *Он же.* Учение о рецидиве преступлений в российском уголовном праве. Саратов, 1998.

²⁰ См.: Ширвиндт Е.Г., Утевский Б.С. Советское пенитенциарное право. М., 1927. С. 48.

²¹ См.: Уголовно-исполнительное право: учебник для высших учебных заведений / под ред. В.М. Анисимкова, В.И. Селивёрстова. Краснодар, 2003. С. 17.

²² См.: Коротких Н. Судимость как признак рецидива преступлений // Законность. 2005. № 1. С. 26.

²³ См.: Рецидив преступлений: комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. А.И. Рагога (автор раздела — Г.А. Есаков). М., 2004. С. 30.

²⁴ Такое право осуждённого основывается на отсутствии запретов на условно-досрочное освобождение от отбывания наказания (ст. 79 УК РФ) при осуждении при всех видах рецидива преступлений.

²⁵ Статья 24.1 введена в УК РСФСР 1960 г. Указом Президиума Верховного Совета РСФСР от 14 ноября 1969 г.; в ред. указов Президиума Верховного Совета РСФСР от 17 апреля 1973 г., от 15 июля 1974 г., от 7 мая 1980 г., от 3 декабря 1982 г., от 17 июля 1987 г. и от 30 марта 1988 г. См.: Ведомости Верховного Совета РСФСР. 1969. № 47, ст. 1361; 1973. № 16, ст. 352; 1974. № 29, ст. 782; 1980. № 20, ст. 535; 1982. № 49, ст. 1621; 1987. № 30, ст. 1087; 1988. № 14, ст. 396.

²⁶ См.: Штрайт И. Судимость — не вечное пятно. Дело не только в наказании. М., 1978. С. 91.

В.И. Третьяков

К ВОПРОСУ О КРИМИНОЛОГИЧЕСКОМ ИЗМЕРЕНИИ СОВРЕМЕННОГО СОСТОЯНИЯ ОРГАНИЗОВАННОЙ ПРЕСТУПНОСТИ В РОССИИ

Организованная преступность, будучи самостоятельным видом преступности, обладает рядом специфических социальных и криминологических характеристик, позволяющих ей создавать относительно успешную систему защиты от социально-правового контроля. Это обстоятельство значительно осложняет задачу исследователя, который берется за анализ количественных и качественных признаков организованной преступности, исходя из информации, содержащейся в официальных статистических источниках, поскольку она в большей степени отражает не реальное состояние исследуемого явления, а возможности контроля над ним. Согласно имеющимся исследованиям латентность преступлений, совершаемых организованными преступными группами, чрезвычайно высока, а реальное ее состояние превышает официальные показатели, по одним данным, в 6–10 раз¹; а по другим, как минимум, в 12–15 раз². Указанное обстоятельство существенным образом корректирует представления об оргпреступности, основанные на анализе официальных данных. Вместе с тем представляется, что игнорировать последние никак нельзя. При всей своей относительности они все же позволяют выявить наиболее значимые тенденции в развитии организованной преступности, понимание и анализ которых является более существенным, нежели поиск какой-либо конкретной, точной цифры, характеризующей эти тенденции.

Криминологическое измерение организованной преступности предполагает поиск надежных показателей, анализ которых позволит охарактеризовать ее состояние, динамику, структуру и иные признаки. Представляется, что такими показателями могут служить данные о регистрации преступлений, совершенных в составе организованной группы или преступного сообщества, с одной стороны, и данные о регистрации преступлений, предусмотренных ст. 209 УК РФ «Бандитизм» и ст. 210 УК РФ «Организация преступного сообщества (преступной организации)». Именно совокупный анализ этих показателей, отражающих и структурные, и функциональные характеристики исследуемого феномена, позволит сделать статистическую картину организованной преступности наиболее информативной. Наряду с показателями и единицами измерения организованной преступности представляется необходимым специально оговорить период статистического наблюдения. В современной литературе нет общепризнанной «исходной точки», основной базы статистического анализа организованной преступности. Возможно, сознавая это обстоятельство, в отечественной криминологии наметилась тенденция обособления т. н. «современного периода» в развитии организованной преступности. Так, Т.А. Пособина замечает, что свой законченный образ силового фундамента организованной преступности с окончательно сформировавшимися признаками современный

© В.И. Третьяков, 2009

Кандидат юридических наук, доцент, начальник Волгоградской академии МВД России.

бандитизм получил в 1995–1997 гг.³ Формально этот период совпадает с моментом вступления в силу последнего УК РФ, создавшего новый каркас криминализации проявлений оргпреступности, а потому может вполне использоваться в качестве исходной точки статистического анализа. Однако следует помнить о постоянном реформировании уголовного закона, определяющего нормативные рамки преступности. С этой точки зрения особенно важен 2003 г., когда были проведены масштабные изменения УК РФ, направленные среди прочего на смягчение санкций, а следовательно, и изменение категории значительной части преступлений; также была проведена существенная корректировка состава легализации денежных средств или иного имущества, приобретенного преступным путем. Учитывая это обстоятельство, полагаем приемлемым для определения состояния и особенностей современной организованной преступности использовать период, начиная именно с 2003 г.

Анализ показывает, что за последние 5 лет суммарное количество преступлений, предусмотренных ст. 209 и 210 УК РФ и составляющих ядро организованной преступности, возросло на 115,1 %: с 595 преступлений в 2003 г. до 685 в 2007 г.; при этом среднее значение ежегодных темпов прироста данных преступлений составило +4,25 %.

На протяжении исследуемого периода удельный вес рассматриваемых преступлений в структуре всех преступлений, зарегистрированных по нормам гл. 24 УК РФ «Преступления против общественной безопасности», оставался относительно стабильным, составляя в среднем 0,9 %. Резкое повышение этого показателя в 2004 г. (с 0,3 % до 1,1 %) объясняется, на наш взгляд, исключительно сокращением числа и, следовательно, удельного веса хулиганства в структуре всех преступлений против общественной безопасности, которое было обусловлено фактически декриминализацией основного состава указанного преступления.

В представленных данных обращает на себя внимание отчетливая тенденция изменения соотношения банд и преступных сообществ. Если в 2003 г. на одно преступное сообщество приходилось 3,2 банды, в 2004 г. — 2,3, в 2005 г. — 1,9, в 2006 г. — 1,7, то в 2007 г. количество банд и преступных сообществ, зарегистрированных правоохранительными органами, сравнялось. Количество банд за анализируемый период сократилось на 23 %, а количество преступных сообществ возросло на 139 %. Это весьма показательные цифры. Если учесть, что конструктивным признаком состава бандитизма является цель объединения нескольких лиц — совершение нападений, под которыми теория и практика уголовного права традиционно понимает совершение насильственных преступлений, то можно констатировать, что масштабы организованного насилия в России несколько сокращаются. В то же время организованная преступная деятельность, не связанная с насильственными нападениями, напротив, существенно возрастает.

Сказанное, однако, не дает оснований для недооценки опасности бандитизма как проявления организованной преступности. Специальные исследования доказывают, что внутри этой разновидности преступной деятельности имеют место весьма опасные тенденции и характеристики: увеличение численного состава банд, высокая вооруженность и техническая оснащенность, иерархическое, многофункциональное и многозвенное структурирование банд, интеграция бандитских группировок в преступные сообщества и боевое прикрытие их деятельности⁴. Вместе с тем очевидно, что банды сегодня существенно меняют свое местоположение в криминальном мире: они либо становятся структурными единицами более мощных преступных сообществ, обеспечивая их силовую поддержку, либо превращаются в небольшие по численности мобильные группы, специализирующиеся на совершении корыстно-насильственных общеуголовных преступлений (разбоев). В целом спектр криминальных интересов организованной преступности значительно сместился в сторону ненасильственных форм получения доходов.

Учитывая специфику рассматриваемых преступлений, вполне закономерно, что количество выявляемых за их совершение лиц традиционно выше количества регистрируемых преступлений. В среднем за период с 2003 по 2007 г. правоохранительными органами ежегодно выявлялось 603 участника банд и 460 участников преступных сообществ. При этом статистические данные свидетельствуют о наличии тенденции роста количества выявляемых лиц: на 27,6 % возросло число выявленных участников банд и на 323,9 % — число участников преступных сообществ. Эти цифры, как представляется, характеризуют не только улучшение качества предварительного следствия и оперативной работы в части выявления и розыска лиц,

совершивших преступления. Они дают основание утверждать, что объективно численность участников наиболее опасных организованных групп возрастает (особенно если принять во внимание сокращение числа преступлений, регистрируемых по ст. 209 УК РФ). При этом стоит обратить внимание, что в 2007 г. впервые за 5 лет численность участников преступных сообществ значительно превысила численность участников банд, что также может служить косвенным подтверждением сделанного ранее вывода о смещении интересов организованной преступности к ненасильственному спектру криминальной деятельности.

На этом фоне важно отметить, что число лиц, осуждаемых за бандитизм и организацию преступного сообщества, значительно отстает от числа выявляемых следствием лиц. В среднем за исследуемый период судами ежегодно выносились обвинительные приговоры в отношении 214 участников банд и 36 участников преступных сообществ. В данном случае обращают на себя внимание два обстоятельства.

Во-первых, значительный разрыв в числе осужденных за бандитизм и организацию преступного сообщества, несопоставимый с разрывом в числе зарегистрированных преступлений и выявленных лиц. По нашему мнению, он объясняется тем, что банда — более «привычная» отечественной практике форма преступной организации, установление признаков которой вызывает меньше трудностей, нежели установление признаков преступного сообщества; и кроме того, преступления, которые ею совершаются, преимущественно традиционные общеуголовные (корыстные и корыстно-насильственные) посягательства, в расследовании которых следствие и суд не испытывают больших проблем. Другое дело, преступное сообщество — относительно новое для закона и практики криминальное образование, с более сложным набором конститутивных признаков, специализирующееся на совершении сложных, в первую очередь, связанных с предоставлением криминальных услуг и с экономической деятельностью, преступлений. Правоохранительная система еще не наработала опыт противодействия (выявления, расследования, обеспечения доказательственной базы) преступным сообществам; не случайно до 80 % приговоров, вынесенных в отношении лиц, обвинявшихся по ст. 210 УК РФ, оправдательные.

Второй момент, который требует пояснения и анализа, связан с понятием криминотропных рисков, в частности, с риском быть осужденным за анализируемые преступления⁵. Расчеты показывают, что среднее значение показателей риска быть осужденным за бандитизм составляет 35,5 %, а риска быть осужденным за участие в преступном сообществе — 7,8 %. При этом динамика данных показателей на фоне динамики числа лиц, выявляемых за совершение рассматриваемых преступлений, свидетельствует, что с ростом их количества риск быть осужденным за них сокращается.

Показатели риска быть выявленным и быть осужденным за совершение преступлений — важные категории т. н. экономической теории преступности, в рамках которой ответ на вопрос о том, совершит ли человек преступление, зависит от отношения правонарушителя к этим рискам: чем выше риск быть осужденным, тем меньше вероятность совершения преступления⁶. Представленные данные свидетельствуют, что при сложившейся ситуации «прибыль» от совершаемого в организованной группе преступления намного превышает «затраты» и «риски», связанные с участием в преступной группе, что служит одним из стимулирующих факторов развития организованной преступной деятельности. Отсюда очевидно, что эффективность деятельности по обеспечению криминологической безопасности от угрозы организованной преступности будет не в последнюю очередь зависеть от таких переменных, как объем выявленных преступлений и лиц, объем раскрываемости, объем наказания и т. д. Задача государства — найти оптимальное распределение ресурсов между поимкой и наказанием, так чтобы уровень преступности был минимальным. В этой связи произведенные специалистами расчеты показывают, что при сохранении имеющегося объема расходов можно достичь меньшего уровня преступности при увеличении раскрываемости преступлений (следовательно — увеличении объема выявляемых и осуждаемых лиц) и назначения срока наказаний меньше максимальных⁷.

Статистические данные о состоянии бандитизма и преступных сообществ отражают лишь часть общего состояния организованной преступности, а именно — ее структурное оформление, учитывают конструктивные признаки составов этих преступлений и при этом дают лишь косвенное представление о деятельностной (функциональной) характеристике оргпреступности. Для восполнения пробела в содержательной характеристике организованной преступ-

ности обратимся к анализу преступлений, которые совершаются в составе организованных групп или преступных сообществ.

Для начала отметим, что количество преступлений, совершенных в составе организованной группы (ОГ) или преступного сообщества (ПС), на всем протяжении исследуемого периода имеет устойчивую тенденцию роста. За последние 5 лет количество таких преступлений увеличилось почти в 1,5 раза — с 25671 в 2003 г. до 35712 — в 2007 г., а среднее значение ежегодных темпов прироста составило 8,8 %

На фоне роста основных количественных показателей «организованных преступлений» существенным образом меняется их структура и направленность. Имеющиеся в распоряжении данные свидетельствуют о наличии значительных сдвигов как в структуре этого вида преступности в целом, так и в структуре отдельно корыстных и насильственных преступлений, совершаемых ОГ и ПС (см. таблицу).

Виды преступлений, совершаемых организованными группами и преступными сообществами

Виды преступлений	Количество преступлений, совершенных в составе ОГ или ПС, дела о которых окончены расследованием				
	2003	2004	2005	2006	2007
Насильственные преступления (ст. 105–107, 126–127 УК РФ)	487	516	475	378	324
Террористического (ст. 205–208, 277, 360 УК РФ) и экстремистского характера	225	226	442	647	1227
Хищения и вымогательство (ст. 158, 161, 162, 163 УК РФ)	8600	8434	7263	6544	5971
Экономической направленности	9576	12679	13597	14359	18612
Связанные с оборотом оружия (ст. 222, 223, 226 УК РФ)	879	1088	925	942	680
Связанные с незаконным оборотом наркотиков	4048	4794	5326	5073	7350
В сфере компьютерной информации	27	37	25	18	203
ИТОГО	25671	29420	30078	30676	35712

Из анализа таблицы следует:

удельный вес насильственных преступлений возрос с 2,8 % до 4,3 %. Вместе с тем, этот рост обусловлен, в первую очередь, увеличением числа преступлений террористического и экстремистского характера, удельный вес которых поднялся с 0,9 % до 3,4 %; в то время как доля общеуголовных насильственных преступлений, напротив, сократилась почти вдвое — с 1,9 % до 0,9 %;

удельный вес корыстных преступлений сократился с 70,8 % до 68,8 %. Такое незначительное сокращение во многом объясняется существенным падением удельного веса общеуголовных корыстных преступлений — с 33,5 % до 16,7 %, в то время как отличающиеся усложненным механизмом совершения преступления экономической направленности, напротив, за это время возросли — с 37,3 % до 52,1 %;

удельный вес преступлений, связанных с предоставлением нелегальных товаров и услуг, возрос незначительно — с 19,2 % до 22,5 %, причем этот рост произошел исключительно за счет увеличения числа и удельного веса преступлений, связанных с незаконным оборотом наркотиков, на фоне сокращения этих же показателей для преступлений, связанных с незаконным оборотом оружия;

удельный вес преступлений в сфере компьютерной информации вырос в 6 раз — с 0,1 % до 0,6 %.

Таким образом, в последние 5 лет ведущей тенденцией в динамике структуры рассматриваемых преступлений стало сокращение общеуголовных насильственных и корыстных преступлений, которое компенсируется значительным ростом преступлений, совершаемых в сфере экономической деятельности, а также преступлений террористического и экстремистского характера. Факты свидетельствуют о том, что при сохранении доминирующей корыстной мотивации преступлений, совершаемых ОГ и ПС, способ реализации этого мотива смещается в сторону более сложных, «интеллектуальных», а следовательно, и более доходных преступлений в сфере экономической деятельности; в то время как организованное насилие, имея тенденцию к росту, избавляется от корыстной и бытовой мотивации, все больше приобретая черты идеологически и политически мотивированного.

Подводя итог исследованию масштабов организованной преступности в России, можно отметить несколько ведущих тенденций в ее характеристике на современном этапе:

1) при сохранении высокого уровня латентности организованной преступности официальная статистика демонстрирует весьма устойчивый рост и числа организованных преступных групп, и числа преступлений, совершаемых ими; при этом значимым показателем является консолидация криминальной среды за счет укрупнения самих групп и усложнения их внутренней структуры;

2) при сохранении доминирующей корыстной мотивации преступлений, совершаемых ОГ и ПС, способ реализации этого мотива смещается в сторону более сложных, «интеллектуальных», а следовательно, и более доходных преступлений в сфере экономической деятельности; в то время как организованное насилие, имея тенденцию к росту, избавляется от корыстной и бытовой мотивации, все больше приобретая черты идеологически и политически мотивированного;

3) изменение характеристик самих организованных групп, совершаемых ими преступлений с неизбежностью влечет увеличение тяжести материальных и социальных последствий организованной преступности, разрастание объемов и интенсивности ее влияния на социальные процессы и ценности.

¹ См.: *Сухаренко А.Н.* Транснациональные аспекты деятельности Российской организованной преступности // Организованная преступность, терроризм, коррупция в их проявлениях и борьба с ними. М., 2005. С. 35–49.

² См.: *Ванюшкин С.В.* Организованная преступность в реформируемой России и направления борьбы с ней: дис. ... канд. юрид. наук. М., 1999. С. 54.

³ См.: *Пособина Т.А.* Криминологическая характеристика современного бандитизма и меры борьбы с ним: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ростов н/Д, 2002. С. 8.

⁴ См.: Там же. С. 13.

⁵ Это понятие введено в оборот отечественной криминологии с предложением специальных формул расчета Л.В. Кондратьюком и В.С. Овчинским (см.: *Кондратьюк Л.В., Овчинский В.С.* Криминологическое измерение. М., 2008. С. 90–116).

⁶ См.: *Беккер Г.С.* Человеческое поведение: экономический анализ. М., 2003. С. 297.

⁷ См.: *Андриенко Ю.В.* Экономика преступления: теоретическое и эмпирическое исследование определяющих факторов преступности: дис. ... канд. эконом. наук. М., 2003. С. 34.

А.П. Алексеева

ЧАСТНАЯ КРИМИНОЛОГИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ ПРЕСТУПНОСТИ В СФЕРЕ ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО СПОРТА

Научные разработки в теории криминологии в настоящее время позволяют делить преступность на виды не только исходя из объекта посягательства (например, корыстная, насильственная преступность) и субъекта, его совершившего (например, преступность мужская, женская, несовершеннолетних). С конца 90-х гг. прошлого века криминология как наука

© А.П. Алексеева, 2009

Старший преподаватель кафедры уголовного права Волгоградской академии МВД России, кандидат юридических наук, доцент.

включает в себя три направления¹: *общую теорию (основные понятия), теории предупреждения и частные криминологические теории.*

В *общей теории* криминологии обычно рассматриваются основные понятия, используемые в науке. Криминологические *теории предупреждения преступности* включают в себя различные подходы к толкованию понятия «предупреждение преступности». *Частные криминологические теории* объединяют преступления в группы в зависимости от сферы, в которой они были совершены. Так, Д.А. Шестаков активно развивает «криминофамилистику» — семейную криминологию², О.В. Старков — «криминотеологию» — религиозную криминологию³ и «криминопенологию» — тюремную криминологию⁴ и т.д.

Абсолютно новым видом можно считать частную криминологическую теорию предупреждения преступности в сфере профессионального спорта.

В настоящее время физической культуре и спорту уделяется повышенное внимание⁵, поэтому данное направление исследований является наиболее перспективным для ученых-криминологов.

Рассмотрим эту теорию поподробнее. Исследования «спортивной» преступности ограничиваются пока отдельными научными работами, поэтому определить количественные и качественные ее характеристики в настоящее время довольно сложно: эти показатели еще не фиксируются официальной уголовной статистикой.

Признание в 1999 г. статуса профессионального спорта на законодательном уровне⁶ с полным правом может считаться основанием для формирования новой отрасли жизнедеятельности общества — индустрии спорта. Спорт высших достижений существует в нашей стране с момента основания спортивного движения. Появление термина «профессиональный спорт»⁷ предполагает возможность рассматривать спортивную деятельность как любую другую производственную сферу деятельности.

Победа России в конкурсе на право проведения Олимпиады 2014 г. диктует необходимость интенсификации научных исследований в сфере противодействия преступности, особенно, в сфере профессионального спорта.

Последние перемены в жизни нашей страны обуславливают постоянно увеличивающееся количество спортивных объектов. Спорт популяризируется, все большее количество молодых людей начинают заниматься тем или иным видом спорта. При этом многие из них равняются и хотят быть похожими на «первых» в своем виде спорта. Спортсмены, достигшие наивысших достижений, становятся кумирами подрастающего поколения. И от того, какой пример молодым спортсменам подадут опытные, зависит их дальнейшее ориентирование либо на правопослушное, либо на противоправное поведение.

Кроме начинающих спортсменов, за достижениями «звезд» спорта следят их фанаты и болельщики, которые, кстати, есть и у других популярных людей, например, у «звезд» эстрады, искусства и т.д. Для данной категории людей тоже важен положительный пример своих кумиров.

Успех формирования у молодых юношей и девушек, детей и подростков положительного отношения к занятиям физической культурой и спортом во многом зависит именно от наглядного примера участия в нем их сверстников.

При этом привлечение в спорт лиц молодого возраста обуславливает необходимость обязательного и постоянного строжайшего контроля за их состоянием здоровья и адекватностью выполняемой ими физической нагрузки.

Но вместе с положительными сторонами профессионального спорта есть и одна отрицательная — появление нового вида преступности — преступности в сфере профессионального спорта, который, в свою очередь, можно разделить на три подвида:

- 1) преступность профессиональных спортсменов, связанная с их непосредственной спортивной деятельностью;
- 2) преступность профессиональных спортсменов, не связанная с их непосредственной спортивной деятельностью;
- 3) преступность иных лиц, связанная со спортивной деятельностью профессиональных спортсменов.

Рассмотрим подробнее каждый из перечисленных подвидов преступности в сфере профессионального спорта.

Преступность профессиональных спортсменов, связанная с их непосредственной спортивной деятельностью. Здесь мы выделяем три направления для исследований:

- 1) использование спортсменами различных допингов для улучшения результатов своей спортивной деятельности;
- 2) проведение состязаний, выходящих за рамки законных («подпольных» боев без правил, стритрейсингов и т. д.);
- 3) незаконное получение вознаграждения в целях оказания влияния на результаты проводимых соревнований («договорные» состязания, при проведении которых их участники за дополнительную плату до начала мероприятия соглашаются на определенный итог).

Преступность профессиональных спортсменов, не связанная с их непосредственной спортивной деятельностью. Этот подвид преступности предполагает совершение спортсменами «обычных» общеуголовных преступлений, не обусловленных их профессиональной деятельностью. Однако чаще всего такие ситуации возникают по окончании спортивной карьеры спортсмена, занимавшегося боевыми искусствами или стрелковым спортом. Перспектива последующей работы тренером не всех устраивает, а найти другое занятие по душе удается далеко не каждому. Поэтому из многочисленных предложений от преступных группировок о вступлении в их ряды бывший спортсмен выбирает самое «достойное» и соглашается на него. Классификация данного подвида преступности схожа с обычным делением преступности по объекту и субъекту.

Преступность иных лиц, связанная со спортивной деятельностью профессиональных спортсменов. Этот подвид преступности, по нашему мнению, включает в себя пять направлений:

- 1) совершение коррупционных преступлений (взятки, подкупы, другие злоупотребления);
- 2) совершение насильственных преступлений (взятие в заложники, теракты), с помощью которых, используя спортивные мероприятия как средство давления на власти, преступники пытаются добиться от руководителей страны принятия определенных решений или выразить свое отношение к политическому курсу страны;
- 3) использование властью спортивной арены для достижения своих политических целей;
- 4) совершение преступлений из личной заинтересованности либо по найму в отношении конкретных спортсменов с целью изменить распределение призовых мест среди претендентов путем выведения фаворитов состязаний из борьбы (нападение на них, причинение вреда здоровью, похищение и т. д.);
- 5) совершение правонарушений болельщиками, фанатами, которые часто демонстрируют деструктивные отклонения.

Каждому из проанализированных подвидов преступности соответствует свой набор определенных качеств личности преступника, ее детерминантов и мероприятий по их предупреждению.

¹ См.: Хохряков Г.Ф. Криминология: учебник. М., 1999.

² См.: Шестаков Д.А. Семейная криминология. Криминофамилика. СПб., 2003.

³ См.: Старков О.В., Башкатов Л.Д. Криминология. Религиозная преступность. СПб., 2004.

⁴ См.: Старков О.В. Криминология. М., 2003.

⁵ Последние поправки в Федеральный закон «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» вносились Федеральным законом от 23 июля 2008 г. № 160-ФЗ «О внесении изменений в отдельные законодательные акты РФ в связи с совершенствованием осуществления полномочий Правительства Российской Федерации». См.: Федеральный закон от 4 декабря 2007 г. № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 23 июля 2008 г. № 160) // СЗ РФ. 2007. № 50, ст. 6242.

⁶ См.: Федеральный закон от 29 апреля 1999 г. № 80-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (в ред. федеральных законов от 10 января 2003 г. № 15-ФЗ, 20 декабря 2004 г. № 167-ФЗ, 12 июля 2006 г. № 108-ФЗ, 16 октября 2006 г. № 160-ФЗ, 25 октября 2006 г. № 171-ФЗ, 26 июня 2007 г. № 118-ФЗ, 30 июня 2007 г. № 120-ФЗ) // СЗ РФ. 1999. № 18, ст. 2206.

⁷ Профессиональный спорт — это предпринимательская деятельность, целью которой является удовлетворение интересов профессиональных спортивных организаций, спортсменов, избравших спорт своей профессией, и зрителей. См. ст. 2 Федерального закона от 29 апреля 1999 г. № 80-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (с изм. от 10 января 2003 г., 20 декабря 2004 г., 12 июля, 16, 25 октября 2006 г.) // СЗ РФ. 1999. № 18, ст. 2206. Сейчас профессиональный спорт — это часть спорта, направленная на организацию и проведение спортивных соревнований, за участие в которых и подготовку к которым в качестве своей основной деятельности спортсмены получают вознаграждение от организаторов таких соревнований и (или) заработную плату. См. ч. 11 ст. 2 Федерального закона от 4 декабря 2007 г. № 329-ФЗ «О физической культуре и спорте в Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 23 июля 2008 г. № 160) // СЗ РФ. 2007. № 50, ст. 6242.

КЛАССИФИКАЦИЯ ОСУЖДЕННЫХ К ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ И ПРОГРЕССИВНАЯ СИСТЕМА ОТБЫВАНИЯ НАКАЗАНИЯ

Институту классификации преступников в российском уголовном и уголовно-исполнительном праве традиционно уделялось и уделяется особое внимание. В последние годы в свете реформирования деятельности исправительных учреждений, повышения ее результативности путем использования дифференцированного подхода исполнения наказания и процесса воспитательного воздействия в отношении различно характеризующихся осужденных потребность в разработке гибкой и действенной классификационной системы правонарушителей чувствуется особенно остро.

А.В. Бриллиантов, рассматривая условия повышения эффективности деятельности исправительных учреждений, указывает в качестве необходимого условия — научно обоснованную классификацию осужденных, предполагающую определение вида исправительного учреждения и его режима, устанавливающего порядок взаимоотношений субъектов при исполнении и отбывании наказания, их права и обязанности, объем и степень карательных элементов лишения свободы в виде совокупности правоограничений, налагаемых на лиц, содержащихся в изоляции от общества¹. На необходимость разработки данной основы оказания эффективного воздействия на осужденных указывает и международная практика. В частности, в п.1 ст. 63 Минимальных стандартных правил обращения с заключенными отмечается необходимость индивидуального подхода к ним «...а, следовательно, и наличия гибкой системы классификации их по группам»².

Осужденные к лишению свободы представляют собой весьма разнородный состав преступников, отличающихся друг от друга по полу, возрасту, степени общественной опасности совершенных преступлений, прошлой преступной деятельности и прочим признакам. Несмотря на множественность индивидуальных особенностей, все они в зависимости от определяющих, наиболее важных характеризующих свойств, могут быть классифицированы на относительно однородные категории.

Классификация (от лат. classis — разряд, класс и facere — делать) означает разбиение множества (класса) объектов на подмножества (подклассы) по определенным признакам³. В Большом энциклопедическом словаре классификация определяется как практическое разделение процессов, явлений или понятий в какой-либо деятельности, области знаний на части, группы или подгруппы по определенным отличительным признакам⁴. Похожее истолкование встречается в Словаре иностранных слов: «Классификация — это распределение объектов, явлений и понятий по классам, отделам, разрядам в зависимости от общих признаков»⁵. В словаре русского языка С.И. Ожегова классификация определяется как система, в которой что-нибудь классифицировано⁶. С философских позиций классификация рассматривается как метод познания изучаемых явлений и используется в исследовании многих проблем, стоящих перед различными отраслями знаний⁷.

Все вышеизложенное в полной мере относится и к классификации осужденных в процессе исполнения наказаний. Н.А. Стручков и В.Н. Брызгалов по этому поводу высказывались, что классификация является научно обоснованным методом, при помощи которого обеспечивается дифференциация исполнения наказания (реализация кары) и осуществления исправительного воздействия. В результате этого классификация осужденных делает исполнение наказания и исправительное воздействие в отношении каждого осужденного предметным и действенным, что в итоге обеспечивает индивидуализацию исполнения наказания⁸.

Н.А. Стручков, продолжая эту тему, указывает: «Классификация осужденных... проводится в итоге для того, чтобы в максимально возможных пределах исключить разлагающее влияние наиболее отрицательной части осужденных на других лиц, отбывающих наказание, прежде всего, на лиц молодежного возраста, впервые судимых, и в то же время обеспечить осуществление карательно-воспитательного воздействия, нужного с точки зрения его характера и степени интенсивности именно для данной категории (классификационной группы) осужденных»⁹.

© Е.В. Королёва, 2009

Кандидат юридических наук, доцент кафедры уголовно-правовых дисциплин филиала Саратовской государственной академии права в г. Астрахани.

Научно обоснованная классификация осужденных к лишению свободы производится не произвольно, по желанию или усмотрению какого-то лица, учреждения или органа, а на основе определенных критериев, разработанных наукой уголовного и уголовно-исполнительного права и закрепленных в российском законодательстве. Классифицировать осужденных можно по многим основаниям. Например, А.А. Лубеницкий выделил три основных критерия классификации: 1) правовой (юридический), в соответствии с которым все осужденные делятся на группы в соответствии с характером и степенью общественной опасности совершенного преступления и сроком наказания; 2) биологической, по которой все осужденные подразделяются на группы по полу, возрасту и состоянию здоровья; 3) социальный, дифференцирующий осужденных к лишению свободы в зависимости от их гражданства и прошлой судимости¹⁰.

Безусловно, последние критерии классификации являются значимыми и могут использоваться при построении самостоятельных групп осужденных. Однако первая группа, дифференцирующая правонарушителей на основе правовых норм, особенно востребована, т. к. на ее основе каждой категории осужденных назначается различная степень кары, реализующаяся путем их направления в соответствующие исправительные учреждения, придания им определенного правового статуса и обеспечения наиболее эффективных условий исправительного воздействия.

В качестве уголовно-правового критерия классификации лишенных свободы выступает, прежде всего, срок наказания. По данному основанию в соответствии со ст. 15 УК РФ целесообразно разделить (классифицировать) лиц, осужденных к лишению свободы, на 5 групп: а) лица, осужденные к лишению свободы на срок до двух лет; б) лица, осужденные к лишению свободы на срок до пяти лет; в) лица, осужденные к лишению свободы на срок до десяти лет; г) лица, осужденные к лишению свободы на срок до десяти лет; д) лица, осужденные на срок от двадцати лет лишения свободы и выше (предельный или максимальный срок). Эта группа включает лиц, осужденных к максимальному сроку наказания, осужденных, которым по совокупности преступлений назначено максимальное наказание до 25 лет лишения свободы, осужденных, которым по совокупности приговоров назначено максимальное наказание до 30 лет лишения свободы, а также лиц, осужденных к пожизненному лишению свободы и тех, которым смертная казнь в порядке помилования заменена пожизненным лишением свободы либо срочным лишением свободы. Введение указанных длительных сроков лишения свободы и их исполнение до сих пор вызывает многочисленные споры.

Приоритетной для осужденных ценностью, естественно, является свобода. Период и степень социальной изоляции лица обусловлены тяжестью совершенного им деяния и назначенным сроком наказания, а также его поведением в исправительном учреждении. Законопослушное поведение лишенного свободы во многом стимулируется прогрессивной многоступенчатой системой отбывания наказания, которая станет позитивной, только если осужденный осознает реальную перспективу применения в отношении себя, ее правовых институтов и норм.

Законодатель же данную особенность не всегда учитывает. Так, лицо, отбывающее пожизненное лишение свободы, может быть освобождено условно-досрочно, если судом будет признано, что оно не нуждается в дальнейшем отбывании этого наказания и фактически отбыло не менее 25 лет лишения свободы (ч. 5 ст. 79 УК РФ). Названная, весьма отдаленная во времени перспектива условно-досрочного освобождения вряд ли существенным образом стимулирует положительное поведение осужденного. Пенитенциарная наука и практика доказывают: чем длительнее период изоляции правонарушителей, тем большую значимость для них приобретают субкультурные отношения, порождающие многочисленные конфликтные ситуации, поэтому для отдельных индивидов (например, «отверженных») бессрочные условия обитания в криминальной среде становятся невыносимыми.

Пожизненное лишение свободы применяется к лицам, совершившим особо тяжкие преступления, посягающие на жизнь либо общественную безопасность. Их повышенная опасность отражается в содеянном. Казалось бы, позиция законодателя в отношении них является безупречной. Вместе с тем нельзя не учитывать при формировании уголовно-правовых и уголовно-исполнительных норм опыт организации исполнения наказания в отношении лиц, которым смертная казнь была заменена срочным лишением свободы. В СССР названная категория лиц отбывала наказание в учреждении Н-240-6/5 (Ивдельлаге). Если обратиться к

статистике середины 80-х гг. прошлого века, то можно констатировать, что основная масса осужденных, которым смертная казнь была заменена лишением свободы, состояла из впервые судимых; преступная их активность в местах лишения свободы была значительно ниже, чем у лиц, допустивших особо опасный рецидив; большинство из них совершали преступления в молодом возрасте и их искаженные ценностные ориентации в целом совпадали с взглядами, установлениями, нормами поведения впервые судимых лиц. Приведенные объективные данные, характеризовавшие рассматриваемые группы осужденных, говорят о возможной их ресоциализации. Такой вывод подтверждается и опытом исполнения наказания в отношении помилованных осужденных. До 1984 г. смертная казнь заменялась пятнадцатью годами лишения свободы. По отбытии одной трети наказания, при условии добросовестного отношения к труду и примерного поведения осужденные переводились из помещения камерного типа в обычные помещения; по отбытии половины срока — в исправительно-трудовую колонию строгого режима, по отбытии двух третьих — в колонию-поселение¹¹. Последовательно закрепленная в исправительно-трудовом законодательстве прогрессивная система отбывания наказания имела положительные результаты ее реализации.

Большинство отбывавших наказание лиц, которым была заменена высшая мера наказания, становились законопослушными гражданами. Так, с 1981 по 1985 г. из ИТК и колоний-поселений освободились 38 человек и только двое освободившихся, причем ранее судимых и имевших взыскания в период отбывания наказания, совершили преступления (убийство, изнасилование). Рецидив же у иных категорий лиц, отбывавших наказание в местах лишения свободы, был гораздо выше¹².

Изначально пожизненное лишение свободы как альтернатива смертной казни обуславливалось политическими соображениями. Его введение в уголовное законодательство произошло параллельно с изменениями максимальных сроков лишения свободы (ст. 56, 57, 69, 70 УК РФ), вследствие чего в местах лишения свободы отбывает наказание значительная часть осужденных, приговоренных к длительным срокам. Существует ли необходимость в столь продолжительной изоляции всех осужденных к пожизненному лишению свободы? По нашему мнению, в этом случае справедливо высказывание Н.Б. Хуторской, которая пишет: «Даже если исходить из житейской мудрости о том, что зло порождает зло, а жестокость — жестокость, то именно негуманное обращение с правонарушителями является не последней причиной роста преступности»¹³.

Собственно гуманное отношение к преступникам легло в основу того, что ученые и практики во многих государствах стали обосновывать необходимость сокращения применения лишения свободы при условии, что это необходимо и достаточно в целях защиты общества и жертвы преступления, а также, если альтернативное наказание будет способствовать ресоциализации преступника. В связи с этим во многих странах Европы, Америки и Азии широкое распространение получил институт пробации, соединяющий в себе условное осуждение и условно-досрочное освобождение и представляющий собой процесс надзора и ресоциализации осужденного. Сущность его состоит в установлении определенных ограничений, налагаемых на осужденного в целях его реабилитации, защиты общества от вреда, причиненного им, либо предупреждения совершения им нового преступления в будущем. Как гласят Токийские правила, цель пробации заключается в том, чтобы «сократить рецидивы правонарушений и содействовать включению правонарушителя в жизнь общества...»¹⁴, а также оказать ему психологическую, социальную и материальную помощь. Положительный опыт ряда европейских держав говорит о том, что наличие службы пробации позволяет не только снизить уровень рецидивной преступности, но и значительно сократить расходы на содержание пенитенциарной системы. Применение пробации при назначении кратких сроков лишения свободы всесторонне изучено, внедрено в практику и достаточно интенсивно реализуется в международной практике. Представляет интерес применение подобного института к лицам, отбывающим длительные сроки лишения свободы.

Для примера обратимся к процессу исполнения длительных сроков наказания в виде лишения свободы во Франции. Суровость французского уголовного законодательства к преступникам, совершившим тяжкие преступления, очевидна. Так, за совершение преступления могут быть назначены: пожизненное и срочное заточение или заключение на срок не менее 10 лет¹⁵. Введенный законом от 22 ноября 1978 г. период надежности, действующий по на-

стоящее время, представляет собой период времени, в течение которого осужденный не может пользоваться никакими льготами по смягчению режима содержания. Его продолжительность равна, по общему правилу, половине срока наказания. В случае назначения пожизненного заключения он составляет 18 лет. Тем не менее, специальным решением суда ассизов или исправительного трибунала он может быть сокращен или увеличен. Примечательно, что минимум, допустимый при сокращении периода надеждности, Кодексом не определен. По завершении этого периода к осужденному возможно применение условно-досрочного освобождения. Одним из оснований для условно-досрочного освобождения лица, приговоренного к пожизненному лишению свободы, является отбытие им не менее 15 лет. В некоторых случаях это время также может быть сокращено. Предоставление указанного вида освобождения от наказания сопровождается «особыми условиями», «мерами содействия и контроля, «призванными облегчить и подтвердить возвращение освобожденного к нормальной жизни» (ст. 731 УПК). Срок применения таких мер для освобожденного от отбывания пожизненного лишения свободы составляет от 5 до 10 лет. Следовательно, применение probation к осужденным, отбывающим длительные сроки лишения свободы, возможно, учитывая установленные законодательством условия, выполнение которых необходимо.

Аналогичным образом складывается отношение к probation в США. Длительность назначаемого срока может быть 30, 40 или 50 лет. Законы штатов не устанавливают, как правило, общих предельных сроков, что позволяет судам приговаривать виновных к 200, 300 и более годам лишения свободы либо нескольким пожизненным срокам. Даже при таких условиях институт probation является крайне действенной мерой. При ее применении учитываются характер и обстоятельства содеянного, биография, характер и положение обвиняемого. Причем, данная мера может быть применена как на определенный срок, так и пожизненно. К примеру, в штате Нью-Йорк probation не исключена в случае совершения тяжких преступлений, караемых пожизненным тюремным заключением, но она назначается пожизненно¹⁶. Лицо, осужденное к probation, под страхом ее отмены обязано соблюдать предписанные судом условия, перечень которых не является исчерпывающим. Начиная с 1982 г., в США стала широко применяться probation с интенсивным надзором¹⁷.

Продолжая анализ зарубежного уголовного законодательства, обратимся к опыту ФРГ, где к лицам, приговоренным к пожизненному лишению свободы, возможно применение условно-досрочного освобождения, если осужденным отбыто 15 лет наказания и дальнейшего отбытия наказания не требуется. Продолжительность испытательного срока составляет всего 5 лет.

Рассматривая пожизненное (бессрочное) лишение свободы в Японии, следует отметить, что при его применении допускается условно-досрочное освобождение осужденного пожизненно при условии отбытия им десятилетнего срока и явного исправления.

Таким образом, исследовав уголовное законодательство некоторых стран, можно отметить, что мировое сообщество, в полной мере осознавая необходимость борьбы с уголовной преступностью и убедившись в очевидных недостатках традиционных видов наказания, все более склоняется к необходимости смягчения наказания и разработке альтернативных, не связанных с лишением свободы мер, среди которых особое значение придается probation или условному освобождению под надзор, что необходимо использовать в отношении лиц, осужденным к длительным срокам лишения свободы в России.

¹ См.: *Бриллиантов А.В.* Назначение осужденным к лишению свободы вида исправительного учреждения // Журнал российского права. 2000. № 5–6. С. 126.

² Международная защита прав и свобод человека: сборник документов. М., 1990. С. 304.

³ См.: *Зверева О.Н.* Реализация принципа индивидуализации наказания при исполнении лишения свободы: дис. ... канд. юрид. наук. Рязань, 2005. С. 30.

⁴ См.: *Большой энциклопедический словарь (БЭС)*. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1998. С. 535.

⁵ *Словарь иностранных слов* / под ред. И.В. Лепехина, С.М. Локшиной, Ф.Н. Петрова, Л.С. Шаумяна. М., 1964. С. 300.

⁶ См.: *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. 4-е изд., доп. М., 1997. С. 276.

⁷ См.: *Рыбак М.С.* Ресоциализация осужденных к лишению свободы: проблемы теории и практики. 2-е изд., испр. и доп. Саратов, 2004. С. 86.

⁸ См.: *Стручков Н.А., Брызгалов В.П.* Классификация осужденных к лишению свободы и определение им вида исправительно-трудовой колонии. Киев, 1967.

⁹ Советское исправительно-трудовое право. Общая часть: учебник / под ред. М.П. Мелентьева, Н.А. Стручкова. Рязань, 1987. С. 17.

¹⁰ См.: Лубеницкий А.А. Значение классификации осужденных к лишению свободы и ее влияние на индивидуализацию наказания // Специфика правового регулирования в период становления рыночных социально-экономических отношений: межвузовский сборник научных трудов. Омск, 1996. С. 157–160.

¹¹ С 1 октября 1985 г. Указом Президиума Верховного Совета СССР от 2 апреля 1985 г. «О внесении изменений в Основы уголовного и Основы исправительно-трудового законодательства Союза ССР и Союзных республик» была отменена возможность перевода осужденных из числа лиц, которым смертная казнь заменена лишением свободы, в колонию-поселение. См.: Ведомости Верховного Совета СССР. 1985. № 15.

¹² См.: Журавлев М.П. Исправление и перевоспитание особо опасных рецидивистов. М., 1975; Рецидивная преступность: понятие и криминологическая характеристика: сборник научных статей / под ред. Э.Я. Стумбиной. Рига, 1983.

¹³ Хуторская Н.Б. Институт пробации в США: уголовно-правовые, криминологические и организационно-управленческие аспекты: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1992. С. 5.

¹⁴ Кибыш А. Нужна ли России служба пробации // Преступление и наказание. 2006. № 5. С. 20.

¹⁵ См.: Уголовное законодательство зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии, Японии): сборник законодательных материалов / под ред. А.И. Козочкина. М., 2001. С. 159.

¹⁶ См.: Бриллиантов А.В. Указ. соч. С. 126.

¹⁷ См.: Криминологические исследования в мире. М., 1995. С. 141–142.

Н.Н. Брякин

КРИМИНОЛОГИЧЕСКИЙ АНАЛИЗ ДЕТЕРМИНАНТОВ ВЗЯТОЧНИЧЕСТВА

Для эффективного противодействия взяточничеству необходимо определить факторы, влияющие на причину его возникновения и интенсивного распространения.

Анализируя ситуацию, можно с уверенностью сказать, что нынешнее состояние этого негативного явления в России во многом обусловлено давно наметившимися тенденциями и переходным этапом, который сопровождался его ростом. Связь между взяточничеством и детерминантами, его порождающими, двухсторонняя. Взятничество является следствием, но в то же время и причиной слабости государства.

Основная причина сегодняшнего взяточничества — это служебная корысть для взяточполучателя и деловая или бытовая корысть для взяточдателя¹.

Вступивший в мае 2008 г. в должность Президент РФ Д.А. Медведев провозгласил одной из приоритетных задач правительства и правоохранительных органов страны борьбу с коррупцией и главной ее составляющей — взяточничеством во всех сферах его проявления. Для эффективного противодействия этому явлению необходимо не только знать природу его возникновения, но и постоянно анализировать причины и факторы, провоцирующие распространение взяточничества.

Взяточничество в России уходит своими корнями в давнюю историю и возникает практически одновременно с формированием ранних форм государственности. Вполне логично предположить, что и детерминанты этого негативного социального явления формировались и видоизменялись веками под влиянием множества сопутствующих условий, которые возникали и возникают с завидной регулярностью, при этом успешно дополняя друг друга.

Условия службы российского чиновника обрекали его на нарушение присяги и создавали благоприятную почву для широкого распространения взяточничества и казнокрадства. Невозможность обеспечить чиновников достойным жалованьем заставляло российское правительство терпимо относиться к подобным злоупотреблениям. Не соблюдая своих обязательств по отношению к служащим государственного аппарата, оно не могло требовать бескорыстного исполнения служащими своих обязанностей.

Отсутствие определенных, четко установленных норм и правил регулирования общественных отношений, как и их наличие, но при этом предоставление возможности агенту власти альтернативного решения того или иного вопроса приводило к вседозволенности в поведении чиновника и возникновению в его сознании различного рода искушений.

© Н.Н. Брякин, 2009

Старший преподаватель филиала Саратовской государственной академии права в г. Астрахани, соискатель кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Саратовской государственной академии права.

Первое искушение состояло в возможности указать «челобитчику» на то, что он принес мало и дать понять ему, чтобы тот принес столько-то и вопрос будет решен в его пользу.

Второе искушение состояло в попустительстве государственных служащих: за деньги они могли закрыть глаза на явные нарушения челобитчиком установленных правил поведения, либо помочь ему опять же за деньги обойти закон.

И третье, самое опасное искушение состояло в том, что за взятки государственные служащие могли открыто идти на нарушение закона.

В советское время в качестве причин коррупции перечислялись недостатки в работе партийных, профсоюзных и государственных органов, в первую очередь, в области воспитания трудящихся². В закрытом письме ЦК КПСС «Об усилении борьбы со взяточничеством и разворовыванием народного добра» от 29 марта 1962 г. говорилось, что взяточничество — это «социальное явление, порожденное условиями эксплуататорского общества». Далее отмечалось, что октябрьская революция ликвидировала коренные причины взяточничества, а «советский административно-управленческий аппарат — это аппарат нового типа»³.

Однако многие исследователи коррупционных отношений советского времени, и в частности Н.А. Колоколов, утверждают, что «криминализация власти на уровне регионов — явление столь же древнее, как и само «провинциальное воеводство. Исключением из общего правила не являлся и советский период»⁴.

Анализируя ситуацию в современной России, можно с уверенностью сказать, что корни взяточничества почти те же самые. Нельзя не согласиться с В.И. Гладких, который отмечает, «... что нынешнее состояние коррупции в России во многом обусловлено давно наметившимися тенденциями и переходным этапом, который и в других странах, находящихся в подобной ситуации, сопровождался ростом коррупции»⁵.

Причины живучести взяточничества П. Берлин объясняет тем, что в России данное явление «неразрывно сплелось и срослось со всем строем и укладом политической жизни»⁶.

Вариантов классификации причин, условий и факторов, порождающих взяточничество и способствующих его распространению, множество. Так, исследователи П.Л. Кабанов, Р.Р. Газимзянов среди всей совокупности причин на первое место выдвигают экономические и организационно-управленческие причины. Среди многочисленных организационно-управленческих условий в качестве важнейшего отмечается «отсутствие эффективного финансового и иного государственного и общественного контроля над деятельностью должностных лиц»⁷.

Г.А. Сатаров и его коллеги выделили из числа наиболее важных факторов, определяющих рост коррупции в современной России, помимо дисфункций государственной машины и некоторых исторических и культурных традиций, стремительный переход к новой экономической системе, неподкрепленный необходимой правовой базой и правовой культурой, отсутствие в советские времена нормальной правовой системы и соответствующих культурных традиций, а также распад партийной системы контроля⁸.

В.М. Полтерович предлагает различать среди факторов, порождающих коррупцию, фундаментальные, коренящиеся в несовершенстве экономических институтов и экономической политики, организационные — «слабость государства» и социальные, зависящие от предыстории и связанные с массовой культурой, особенно с нормами бюрократического поведения⁹.

Соглашаясь с приведенными утверждениями, представляется целесообразным всю массу криминогенных факторов, оказывающих влияние на распространение взяточничества, разделить на две группы:

- общие проблемы коррупции;
- специфические российские проблемы.

По мнению исследователей, к общим проблемам, порождающим взяточничество, относятся те, которые свойственны не только России, но и большинству стран, находящихся в стадии модернизации, в первую очередь — переживающих переходный период от централизованной к рыночной экономике¹⁰.

К ним можно отнести:

трудности преодоления наследства тоталитарного периода: медленный отход от неподконтрольности, закрытости власти, экономический упадок и политическую нестабильность. Обнищание населения, неспособность государства обеспечить государственным служащим

достойное содержание, что подталкивает и тех и других к нарушениям, приводящим к массовой низовой коррупции;

неразвитость и несовершенство законодательства. В процессе преобразований фундаментальных основ экономики и экономической практики существенно отстало в своем развитии законодательное обеспечение;

неэффективность институтов власти. Громадный государственный аппарат в сфере исполнительной власти, изобилующий многоступенчатыми бюрократическими структурами, которые очень хорошо приспособляются к выживанию при самых тяжелых потрясениях.

Часть исследователей считают, что факторы, определяющие коррупцию, носят внешний по отношению к бюрократии характер. Тем самым они отрицают влияние бюрократов на уровень зарегулированности деятельности государственного аппарата. Их оппоненты (к их числу мы причисляем и себя) полагают, что бюрократы способны намеренно увеличивать уровень зарегулированности с тем, чтобы извлекать большую ренту;

слабость гражданского общества, отрыв общества от власти. Проблемы, возникающие в демократическом государстве, решаются при обязательном участии института гражданского общества. При резкой смене форм государственного управления чаще всего неизбежен спад социально-экономического положения граждан, что влечет вызываемое этим разочарование, приходящее на смену прежним надеждам. Все это способствует отчуждению общества от власти, изоляции последней.

В научной и учебной литературе отмечается, что Россия только приступила к формированию гражданского общества¹¹;

неукорененность демократических политических традиций. Проникновение коррупционеров и взяточников в политику поддерживается несформированностью политической культуры, что можно увидеть, в частности, в момент проведения процедуры выборов, когда электорат отдает свои голоса либо за дешевые подачки, либо поддается заведомой демагогии, веря в искренность слов еще вчера никому неизвестных личностей.

Наряду с вышеперечисленными общими причинами взяточничества, достаточно зримо просматриваются специфические российские проблемы, порождающие это явление. *Слабость судебной системы* — одна из основных проблем переходного периода. Судебная система, правоприменительная практика современной России страдают болезнью «политической целесообразности», сервильностью в отношении представителей власти.

Судебная защита прав и интересов граждан, в т. ч. частных собственников, несмотря на провозглашенность их первичной защиты, еще не стала их центральной задачей.

Еще одной важной причиной существования и распространения взяточничества в России во все времена была и остается *повальная правовая неграмотность* подавляющей части населения. С полной ответственностью можно утверждать, что первоначальные «знания» основ государства и права, которые преподают в школах, да и то не во всех, средних специальных учебных заведениях, ВУЗах нашего государства явно недостаточны для того, чтобы считать себя грамотным, образованным в правовом отношении человеком и чувствовать себя защищенным от произвола чиновников.

Благодатной почвой для развития взяточничества является *противоречивое, сложное и чрезвычайно запутанное отечественное законодательство* в комплексе с правовой неграмотностью.

Наличествующие несовершенства норм права, повышающие вероятность коррупции, можно разделить на следующие группы:

1. Для исполнения нормы права индивид вынужден затратить слишком много ресурсов, что вызывает у него желание заплатить за неисполнение этой нормы права. Данную категорию в основном составляют материальные нормы, требующие от субъекта права слишком многого.

2. Нормы права дают должностному лицу возможность выбирать между различными вариантами поведения по своему усмотрению.

3. Наличие низших и высших пределов наказания – «вилки» (относительно определенных санкций) в административном законодательстве. Теоретически, высшие и низшие пределы наказания закреплены для того, чтобы максимально учесть степень совершенного деяния,

форму вины, иные обстоятельства правонарушения. В то же время «вилки» предоставляют возможность коррумпированному должностному лицу вступать в договорные отношения с виновным. Последний покупает меньшую по силе санкцию.

4. Нормы права наделяют должностное лицо либо ведомство возможностью разрабатывать и принимать нормативные акты, что приводит к лоббированию узкогрупповых интересов.

Отдельные нормы права накладывают на индивида некие потери (издержки, обременения, ограничения), связанные с подчинением норме права. Следовательно, нетрудно предположить, что чем выше потери, связанные с подчинением норме права, тем больше вероятность того, что индивид заплатит за возможность не соблюдать норму права или уменьшение потерь.

На этом фоне данную проблему дополняет решительная готовность российского гражданина разрешить проблему при помощи взятки. Граждане, сталкиваясь подчас с вполне преодолимыми трудностями, даже и не пытаются решить вопрос законным путем, они сами спешат предложить чиновнику взятку, не прилагая никаких усилий для того чтобы действовать законным образом.

При всех пороках взятки, справедливости ради стоит отметить, что риск быть пойманным со взяткой минимален, т. к. в настоящее время взятка выгодна как дающему, так и принимающему, и в данном случае верно утверждение В. Костикова, который поясняет, «что в современной России основной причиной существования взяточничества является выгода ее получения»¹².

Большое сомнение вызывает распространенный тезис о признании низкой заработной платы чиновника абсолютной детерминантой взяточничества. На наш взгляд, это глубокое заблуждение, хотя бы потому, что за время президентства В.В.Путина зарплата чиновников выросла в десятки раз. Но одновременно с этим уровень деловой коррупции с 2003 по 2007 г. вырос почти в 10 раз.

В результате проведенного исследования причин взяточничества представляется возможным сделать следующие выводы:

1. Взяточничество есть выражение природы человека, а потому оно трудно истребимо, но его уровень можно контролировать, направляя в сторону снижения.

2. Причины взяточничества имеют различный характер. Их многоликость обусловлена факторами социально-экономического, нравственного, правоприменительного, морально-этического, организационно-правового и иного порядка.

3. Дореволюционное Российское законодательство позволяло чиновнику определять размер приношения за решение того или иного вопроса, и таким образом стимулировало (именно стимулировало) чиновника нарушать закон за взятки.

4. Принципиальные изменения условий жизни всегда выводят коррупцию на качественно новый уровень. В связи с резким переходом от устоявшейся десятилетиями административно-командной системы управления в экономической и иных сферах к т. н. «рыночной экономике», при всей неподготовленности производственных фондов, системы управления, психологии граждан нашего государства и, самое главное, при полном отсутствии нормативно-правовой базы управления данными процессами, государство оказалось на грани полной нищеты. Пользуясь ослаблением контроля со стороны государства, находясь в затруднительном финансовом положении, многие чиновники стали активно злоупотреблять своим служебным положением для достижения коррупционных целей.

5. Уровень взяток зависит от степени стабильности общества. Он резко возрастает в периоды ослабления государства. Войны, революции и социальные потрясения, связанные с крушением устойчивых моральных ориентиров, оборачиваются разгулом взяточничества и коррупции.

Проблема причин взяточничества не только правовая, но и социально-политическая. С этой позиции необходимо совершенствовать и основные средства противодействия, среди которых, прежде всего, те, что направлены на ограничение власти и произвола бюрократии, повышение независимости бизнеса и граждан.

¹ Подробнее об этом см.: Журавлев Р.А. Право и коррупция // Сборник материалов практического семинара «Проблемы коррупционности российского законодательства». М., 2001.

² См.: *Гладких В.И.* Коррупция в России: генезис, детерминанты и пути преодоления (ВНИИ МВД РОССИИ) // *Российский следователь*. 2001. № 3. С. 31–36.

³ См.: Там же.

⁴ *Колоколов Н.А.* Почему процветает коррупция на региональном уровне // *Современная организованная преступность и коррупция в России: состояние, тенденции, проблемы и возможности эффективного противодействия: тезисы международной научно-практической конференции*. Саратов, 2007. С. 176.

⁵ *Гладких В.И.* Указ. соч. С. 31–36.

⁶ *Берлин П.* Русское взяточничество как социально-историческое явление // *Современный мир*. 1910. № 8. С. 48, 51, 52–54.

⁷ См.: *Кабанов П.Л., Газимзянов Р.Р.* Коррупция в России: понятие, сущность, причины, противодействие: Учебное пособие. Набережные Челны, 2003. С. 31.

⁸ См.: *Сатаров Г.А., Левин М.И., Цирик М.Л.* Россия и коррупция: кто кого? (Проект доклада) // *Российская газета*. 1998. 19 февр.

⁹ См.: *Полтерович В.М.* Факторы коррупции // *Экономика и математические методы*. 1998. Т. 34. Вып. 3. С. 30–39.

¹⁰ См.: *Гладких В.И.* Указ. соч. С. 31–36.

¹¹ См.: *Теория государства и права* / под ред. В.К. Бабаева. М., 1999. С. 152–160.

¹² См.: *Костиков В.* Анатомия коррупции // *Аргументы и факты*. 2002. № 21.

Е.Н. Иванова

ОСВОБОЖДЕНИЕ ОТ УГОЛОВНОЙ ОТВЕТСТВЕННОСТИ ЗА ДАЧУ ВЗЯТКИ НА ОСНОВАНИИ ПРИМЕЧАНИЯ К СТАТЬЕ 291 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ: НЕСОВЕРШЕНСТВО СУЩЕСТВУЮЩЕЙ НОРМЫ

Закрепленное в примечании к ст. 291 УК РФ положение устанавливает специальное основание освобождения от уголовной ответственности за дачу взятки.

Обратим внимание на следующие моменты: 1) исходя из смысла примечания к ст. 291 УК РФ (далее — примечания), речь идет об уже совершенном преступлении; 2) законодатель в равной степени закрепляет возможность освобождения от уголовной ответственности взяткодателя в двух самостоятельных случаях: а) вымогательство со стороны должностного лица, б) добровольное сообщение о фактически состоявшейся даче взятки.

Такое равнозначное закрепление в законе двух указанных вариантов освобождения от уголовной ответственности взяткодателя, на наш взгляд, является не в полной мере обоснованным.

По мнению Б.В. Волженкина, при имеющемся со стороны должностного лица вымогательстве взятки, «закон, скорее всего, учитывает вынужденность дачи им взятки для защиты или обеспечения своих правоохраняемых интересов»¹. Следовательно, само по себе вымогательство со стороны должностного лица инициирует именно те условия-обстоятельства, при которых взяткодатель принуждается к даче взятки: а) реальное принуждение возникает вследствие открытого прямого требования (просьбы) должностного лица дать взятку под угрозой совершения действий, которые могут причинить ущерб законным интересам гражданина; б) скрытое принуждение — ситуация, когда взяткодатель поставлен в условия (без явного требования со стороны должностного лица), при которых он вынужден дать взятку с целью предотвращения вредных последствий для его правоохраняемых интересов. Требование в этом случае не является явным, оно, скорее, скрыто, завуалировано, но его наличие очевидно для обеих сторон (взяткодателя и взяткополучателя).

Таким образом, закрепленное освобождение от уголовной ответственности взяткодателя при наличии вымогательства обоснованно, поскольку дача взятки определена двумя указанными условиями. По мнению Б.В. Волженкина, вымогательство следует относить к обстоятельствам, исключаящим преступность деяния².

© Е.Н. Иванова, 2009

Преподаватель кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Саратовской государственной академии права.

Вместе с тем существуют определенные сомнения в закреплении в примечании к ст. 291 УК РФ освобождения от уголовной ответственности во втором случае — при добровольном сообщении о даче взятки.

Принято считать, что добровольное сообщение о даче взятке — это разновидность деятельного раскаяния виновного, а сама норма об освобождении по своей направленности является поощрительной, стимулирующей позитивное посткриминальное поведение виновного³. Так, взятокодатель освобождается от уголовной ответственности при добровольном сообщении о состоявшейся, завершенной даче взятки.

Заметим, что, например, при отсутствии в Особенной части УК РФ примечания к ст. 291 УК РФ как такового, взятокодатель, совершивший преступление, предусмотренное ч. 1 ст. 291 УК РФ (дача взятки лицу лично либо через посредника), освобождался бы от ответственности в случае добровольного сообщения на основании ч. 1 ст. 75 УК РФ. Однако законодатель, закрепив специальное основание в примечании к ст. 291 УК РФ, предоставил возможность освобождать взятокодателя при добровольном сообщении, не только при наличии признаков преступления, предусмотренных ч. 1 ст. 290 УК РФ, но и если взятка дана должностному лицу за совершение последним *заведомо незаконных действий (бездействия)* — ч. 2 ст. 291 УК РФ. Деяния, предусмотренные ч. 1 ст. 291 УК РФ, относятся к преступлениям средней тяжести, ч. 2 ст. 291 УК РФ — к тяжким преступлениям (здесь, в отличие от предыдущего, освобождение — обязанность уполномоченного органа, а не его право).

В этой связи возникает вопрос, по какой причине законодатель предоставил такую безусловную возможность освобождать от уголовной ответственности взятокодателя за совершение тяжкого преступления? На первый взгляд, ответ на поверхности — ч. 2 ст. 75 УК РФ оговаривает вероятность освобождения от ответственности лицо, совершившее тяжкое преступление, в случаях, специально предусмотренных статьями Особенной части УК РФ. К тому же необходимо учитывать, что взяточничество является высоко латентным преступлением и такое стимулирование одного из участников коррупционных взаимоотношений позитивно сказывается на решении вопроса противодействия коррупции. Известно, что в 81 % случаев поводом к возбуждению уголовного дела выступают заявления граждан⁴. И освобождение от уголовной ответственности способствует порождению желания у лица, раскаявшегося в своем деянии и осознавшего свою вину, сообщить о даче взятки, а это, в свою очередь, более быстрому и эффективному раскрытию и расследованию коррупционных преступлений, а соответственно — содействию борьбе с коррупцией.

Тем не менее, по нашему мнению, такая позиция законодателя может быть подвергнута критике в части подхода к определению этого основания.

Во-первых, основанием освобождения от уголовной ответственности взятокодателя служит добровольное заявление о даче взятки. *О сопряженности его с активным содействием в раскрытии и расследовании преступления в законе не говорится*⁵. Однако существует мнение, что лишь сумма таких условий, как добровольная явка с повинной, способствование раскрытию преступления, возмещение причиненного ущерба, заглаживание иным образом причиненного преступлением вреда, служит основанием для освобождения от уголовной ответственности. Отсутствие хотя бы одного из перечисленных условий исключает данное основание освобождения от ответственности⁶. Представляется, что одно лишь добровольное сообщение о даче взятки не может считаться деятельным раскаянием и не должно служить основанием освобождения от уголовной ответственности взятокодателя. Тем не менее, исходя из буквального толкования примечания, для освобождения взятокодателя от уголовной ответственности достаточно только добровольного сообщения о совершенном им преступлении. Полагаем, следует прямо указать в содержании примечания на необходимость последующего содействия взятокодателя в раскрытии и расследовании преступления.

Во-вторых, сообщение о даче взятки признается добровольным независимо от мотивов, которыми руководствовался заявитель (п. 22 постановления Пленума Верховного Суда от 10 февраля 2000 г.). Такими мотивами могут быть, в т. ч. зависть, обида, месть, либо невыполнение взятокодателем обещанных действий⁷, и т. д. На практике это позволяет правоохранительным органам не учитывать личность взятокодателя и предпреступное поведение его в отношении взяточника — уговоры принять взятку, ссылку на необходимость скорейшего

решения вопроса посредством дачи взятки, иную аргументацию, возбуждающие намерение взяточполучателя получить незаконное вознаграждение.

Так, постановлением следователя N-й прокуратуры г. Саратова уголовное дело в отношении Т. по обвинению в преступлении, предусмотренном ст. 291 УК РФ, было прекращено по снованиям, предусмотренным ст. 28 УПК РФ. Вместе с тем из показаний Т. следовало, что она передала взятку заведующей перинатальным центром С. в размере 4500 руб. за помещение в отдельную комфортную палату. Т. указывала, что несколько раз уговаривала С. «пойти ей на встречу», ссылаясь на невозможность находиться в общей палате, на состояние здоровья и т.п. В итоге, поддавшись уговорам, последняя согласилась. После передачи денег Т. была поселена в обособленную палату. Однако через некоторое время Т. не понравилось отношение к ней со стороны остального медицинского персонала и то, что С. не реагировала на это, хотя деньги были ей отданы, что рассердило Т. После выписки из перинатального центра она обратилась в органы прокуратуры с сообщением о даче взятки⁸. Едва ли в приведенном случае можно вести речь о *раскаянии* в контексте осознания неправильности, общественной опасности своих действий виновным лицом, равно как и о дальнейшем освобождении виновного от уголовной ответственности на основании примечания к ст. 291 УК РФ.

Так, один из основателей теории посткриминального поведения Р.А. Сабитов указывает: «Установление мотивов и целей имеет важное значение для уголовно-правовой оценки посткриминальных действий (бездействия) и для их разграничения. ... Практика сталкивалась со случаями, когда явившийся с повинной преследовал цель попасть в исправительно-трудовую колонию, чтобы скрыться от розыска за другое, более тяжкое преступление»⁹. Таким образом, если взяткодатель сообщает о даче взятки, руководствуясь мотивами мести, зависти и т. п., *освобождение его от ответственности, по нашему убеждению, невозможно, иначе это противоречит природе и сущности деятельного раскаяния*¹⁰. Норма, предусмотренная в законе, должна толковаться именно как предусматривающая деятельное раскаяние. Полагаем, что и позиция Пленума Верховного Суда РФ в отношении того, что мотив, побудивший взяткодателя сообщить о преступлении, не имеет значения при решении вопроса об освобождении его от ответственности (п.22 постановления), представляется неверной.

В-третьих, подчеркнем, что в ч.2 ст. 291 УК РФ предусмотрена ответственность за дачу взятки, если выполняемые должностным лицом действия являются *заведомо незаконными*. Следовательно, таковыми же они обнаруживаются и для взяткодателя — взятка может быть передана за действия, *содержащие в себе признаки иного преступления*. Но и в этом случае взяткодатель освобождается от уголовной ответственности, что, на наш взгляд, недопустимо (в тот момент, когда должностное лицо подлежит ответственности по совокупности преступлений), поскольку взяткодатель выступает в роли подстрекателя взяточполучателя (например, дача взятки за сбор сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну), т. е. склоняет другое лицо к совершению преступления путем подкупа. На наш взгляд, в этих случаях взяткодателя следует привлекать к ответственности по совокупности ч. 2 ст. 291 УК РФ, ч. 4 ст. 33 и соответствующей статье Особенной части УК РФ.

Подводя итог сказанному, мы в полной мере оцениваем важность высказывания известного философа Макиавелли: «Цель оправдывает средства». И борьба с коррупцией могла бы осуществляться всеми доступными методами, вероятно, в т. ч. и существованием своего рода заманчивого предложения-лозунга для взяткодателя — «давайте взятки, но сообщайте — и мы освободим!!!». Однако примечание к ст. 291 УК РФ, хотя и должно содействовать раскрытию взяточничества, не может служить нечестным средством пополнения статистических данных по ст. 290 УК РФ. В этой связи предлагаем изложить примечание к ст. 291 УК РФ в следующей редакции:

«Примечание 1. Лицо освобождается от уголовной ответственности, если имело место вымогательство взятки со стороны должностного лица.

2. Лицо, совершившее преступление, предусмотренное частью второй настоящей статьи, освобождается от уголовной ответственности, если оно добровольно сообщило органу, имеющему право возбудить уголовное дело, о даче взятки, способствовало раскрытию и расследованию преступления и если в его действиях не содержится иного состава преступления».

Повышение же уровня законодательного изложения примечания к ст. 291 УК РФ в части добровольного сообщения взяткодателя о преступлении, основанное на соблюдении принципов

научной обоснованности, законности и справедливости, способствовало бы правомерности и правильности его применения на практике.

¹ Волженкин Б.В. Служебные преступления: комментарий законодательства и судебной практики. СПб., 2005. С. 220.

² См.: Там же. С. 220.

³ Подробнее об этом см.: Там же. С. 222.

⁴ См.: Кушниренко С.П., Пристансков В.Д. Коррупция и ее преступные проявления: особенности уголовного преследования: Криминологический и криминалистический аспекты исследования, обзор судебно-следственной практики. СПб., 2004. С. 105.

⁵ Об этом и ранее говорилось в юридической литературе. См., например: Лобанова Л., Леонтьевский В. Стоит ли освобождать взяточника от уголовной ответственности? // Российская юстиция. 2001. № 11. С. 68.

⁶ См., например: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / отв. ред. А.А.Чекалин; под ред. В.Т. Томина, В.В. Сверчкова. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2006 // СПС «Гарант» (дата обращения: 28.12.2008).

⁷ См.: Волженкин Б.В. Указ. соч. С. 223.

⁸ См.: Архив прокуратуры Фрунзенского района г. Саратова за 2007 г.

⁹ Сабитов Р.А. Посткриминальное поведение. Томск, 1985. С. 17. См. также: Уголовное право. Часть Общая: в 4 т. Т. 4: Освобождение от уголовной ответственности и наказания: основание, виды и последствия / под ред. И.Я. Козаченко. Екатеринбург, 1995. С. 27–28.

¹⁰ Здесь мы в полной мере поддерживаем позицию многих ученых, что деятельное раскаяние должно быть основано на чувстве вины и сожалении о случившемся (см., например: Уголовное право России. Общая часть: учебник / под ред. Н.М. Кропачева, Б.В. Волженкина, В.В. Орехова. СПб., 2006. С. 871).

В.С. Уманец

ЦЕЛЕСООБРАЗНОСТЬ ПРИ НЕПРИМЕНЕНИИ ДОПОЛНИТЕЛЬНОГО ВИДА НАКАЗАНИЯ, ПРЕДУСМОТРЕННОГО В КАЧЕСТВЕ ОБЯЗАТЕЛЬНОГО

Неприменение дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного, — новый институт в нашем уголовном законодательстве. Данный институт может иметь место только по тем составам преступлений, санкция которых предусматривает дополнительный вид наказания не в качестве альтернативы, а в качестве обязательного признака. При этом суд должен указать в приговоре, по каким основаниям он считает возможным не применять дополнительный вид наказания. К таким преступлениям, например, относятся: грабеж (ч.3 ст.161 УК РФ), разбой (ч.2 и 3 ст.162 УК РФ), вымогательство (ч.3 ст.163 УК РФ), хищение предметов, имеющих особую ценность (ч.2 ст.164 УК РФ), изготовление или сбыт поддельных расчетных карт или иных платежных документов (ч.2 ст.187 УК РФ), злоупотребление полномочиями частными нотариусами и аудиторами (ст.202 УК РФ), нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств (ч.2 ст.264 УК РФ), получение взятки (ч. 1–3 ст.290 УК РФ) и т.д. При этом, если санкция статьи УК РФ предусматривает лишение свободы со штрафом либо без такового, то в случаях, когда штраф не назначается, ссылка на ст. 64 УК РФ (назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление) не требуется¹.

Проблема заключается в целесообразности неприменения или применения дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного.

Целесообразность как философская категория — это свойство процессов и явлений приводить к определенному результату, цели в широком или узком смысле слова. Все действия человека, соответствующие некоторой цели, «целесообразны» в широком смысле. В более узком смысле «целесообразна» лишь деятельность, отвечающая не только условиям данного момента, но и общему направлению развития, основывающаяся на знании объективных законов и потребностей развития².

© В.С. Уманец, 2009

Преподаватель, соискатель кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Саратовской государственной академии права.

Например, лицо было признано виновным по ч. 2 ст. 264 «Нарушение правил дорожного движения и эксплуатации транспортных средств» и ему назначено наказание в виде реального лишения свободы сроком на 3 года. Данная статья предусматривает в виде дополнительного наказания лишение виновного водительских прав. Однако обстоятельства по делу показали: как водитель подсудимый не является общественно опасным и может работать в местах лишения свободы шофером, что будет способствовать его ресоциализации. В этом случае нецелесообразно еще и лишать его водительских прав.

Противоположный пример. Лицо было признано виновным по ч. 1 ст. 290 «Получение взятки» и ему назначено наказание в виде лишения свободы сроком на 3 года условно. Данная статья предусматривает в виде дополнительного наказания лишение виновного права занимать определенные должности. Обстоятельства по делу показали, что подсудимый неоднократно брал взятки и является общественно опасным, занимая аналогичные должности. В этом случае будет целесообразно применять к нему дополнительное наказание — лишить его права занимать аналогичные должности или заниматься определенной деятельностью на тот же срок, что послужит в качестве превентивной меры. При этом, конечно же, учитываются указанные выше обстоятельства по делу.

Однако суды зачастую пренебрегают целесообразностью неприменения или применения дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного. Так, например, 11 марта 2005 г. Череповецким Федеральным городским судом был вынесен приговор в отношении Б., согласно которому она признана виновной по ч.1 ст.290 УК РФ. Б. уличена в пяти эпизодах получения взятки. Работая в должности врача-ординатора психиатрического отделения № 2 МУЗ «ПНД», Б. обладала правом принятия решения о проведении обследования или лечения в стационарных условиях, что служит основанием для помещения в психиатрический стационар. В период с сентября 2001 г. по сентябрь 2004 г. Б., злоупотребляя своими служебными полномочиями, неоднократно лично и через посредника получала за помещение в стационар взятки в виде денег. Четыре раза по 4 тыс. руб. и один раз 2 тыс. руб. — таков был «улов» гос-жи Б. Действия Б. квалифицированы судом как получение взятки по каждому из пяти эпизодов и по каждому из них назначено наказание в виде лишения свободы сроком на 2 года, с применением ст.64 УК РФ, в части неприменения дополнительного наказания. В соответствии со ст.69 ч.2 УК РФ по совокупности преступлений, путем частичного сложения наказаний окончательно назначено наказание в виде лишения свободы сроком на 3 года 6 месяцев. В соответствии со ст. 73 УК РФ суд постановил считать назначенное наказание условным, с испытательным сроком на 2 года. Данный приговор вскоре был утвержден областным и Верховным Судом РФ³.

Такое решение суда трудно признать целесообразным. Конечно, то обстоятельство, что врач-ординатор получает маленькую зарплату, является существенным, но не исключительным. Однако врач-ординатор Б. брала взятки на протяжении 4-х лет, что нельзя признать случайностью. И вряд ли она, оставаясь на той же должности, прекратит свою практику. Поэтому целесообразность здесь заключается в том, чтобы не допустить подобного деяния, а значит суду необходимо было назначить дополнительное наказание, при том, что он уже смягчил наказание, приговорив Б. к лишению свободы сроком на 3 года 6 месяцев условно.

Подобные приговоры не всегда устраивают и работников прокуратуры. Так, прокуроры Ханты-Мансийска недовольны мягким приговором в отношении руководителя управления федеральной службы по надзору в сфере экологии и природопользования по ХМАО Ш., — сообщили Накануне.RU в пресс-службе прокуратуры округа.

Дело по факту злоупотребления служебным положением в отношении руководителя управления было возбуждено 15 марта. В ходе расследования были доказаны факты мошенничества и присвоения государственных средств. В общей сложности Ш. похитил у государства более 140 тыс. руб.

13 июля 2005 г. приговором Ханты-Мансийского районного суда ХМАО-Югра чиновник был признан виновным, а в качестве наказания было решено выбрать штраф в размере 200 тыс. руб., причем никаких ограничений на его работу не накладывалось.

В президиум суда ХМАО-Югры прокурором округа внесено надзорное представление о несогласии с приговором Ханты-Мансийского районного суда из-за его необоснованной

мягкости и неприменения дополнительного вида наказания в виде лишения права занимать руководящие должности в государственных и муниципальных учреждениях⁴.

Итак, целесообразность следует понимать как свойство процесса назначения более мягкого наказания в части неприменения дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного, приводить к определенному результату.

На наш взгляд, показательным примером целесообразности назначения наказания, связанного с применением или неприменением дополнительного наказания, предусмотренного в качестве обязательного, может служить приговор Московского окружного военного суда. Так, по приговору Московского окружного военного суда от 29 сентября 2003 г. военнослужащий П. осужден к лишению свободы по ч. 1 ст. 286 УК РФ, по ч. 3 ст. 33 и ч. 2 ст. 339 УК РФ, по ч. 5 ст. 33 и ч. 2 ст. 339 УК РФ, по п. «б» ч. 4 ст. 290 УК РФ.

Он признан виновным в получении взятки неоднократно; в совершении действий, явно выходящих за пределы его должностных полномочий, повлекших существенное нарушение охраняемых законом интересов общества и государства; в организации и пособничестве в уклонении военнослужащих от исполнения обязанностей военной службы.

Эти преступления совершены им при следующих обстоятельствах. П., являясь начальником медицинского пункта — врачом войсковой части, в течение 2002 г., используя свое служебное положение, из корыстной заинтересованности неоднократно лично и через посредников получал взятки за совершение незаконных действий в пользу военнослужащих по призыву. В частности, им получено от рядового Г. 500 долл. США, от рядового Ч. и его отца 25 тыс. руб., от матери рядового М. 15 тыс. руб., от отца рядового Б. 1 тыс. долл. США за освобождение этих военнослужащих от прохождения военной службы путем создания видимости их болезненного состояния и предоставления им фиктивных свидетельств о болезни, на основании которых они признаны негодными к военной службе и уволены из Вооруженных Сил Российской Федерации.

Указанные действия П. явно выходили за пределы его полномочий и повлекли существенное нарушение охраняемых законом интересов общества и государства.

Военная коллегия Верховного Суда РФ 17 февраля 2004 г. в удовлетворении жалобы П. и его защитника отказала, считая обоснованным его осуждение за получение взятки за незаконные действия, организацию и пособничество в уклонении военнослужащих от исполнения обязанностей военной службы и за действия, явно выходящие за пределы его полномочий, повлекшие существенное нарушение охраняемых законом интересов общества и государства. При этом П., являясь должностным лицом, совершил действия, явно выходящие за пределы его полномочий, повлекшие существенное нарушение охраняемых законом интересов общества и государства, поэтому содеянное им суд обоснованно квалифицировал по ст. 286 и 290 УК РФ, назначил ему дополнительное наказание, т. е. в виде лишения права занимать должности, аналогичные занимаемой им в момент совершения преступления.

Вопреки доводам жалобы защитника на законность и обоснованность приговора не влияет то обстоятельство, что П. не принимал непосредственного участия в подготовке и подписании приказов о досрочном увольнении указанных военнослужащих с военной службы, поскольку эти действия не входили и не могли входить в круг его должностных обязанностей.

Вместе с тем Военная коллегия считает приговор подлежащим изменению по следующим основаниям. В соответствии с Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. № 162-ФЗ «О внесении изменений и дополнений в Уголовный кодекс Российской Федерации» ст. 16 УК РФ «Неоднократность преступлений», а также п. «б» ст. 290 УК РФ признаны утратившими силу.

В связи с этим квалификация судом первой инстанции содеянного П. в части получения им взяток по признаку неоднократности не соответствует нормам действующего уголовного закона и в силу ст. 10 УК РФ его действия подлежат переквалификации с п. «б» ч. 4 ст. 290 УК РФ на ч. 2 ст. 290 УК РФ (получение должностным лицом взятки за незаконные действия)⁵.

С одной стороны, в целесообразности применения или неприменения дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного, есть рациональное зерно эффективности наказания⁶. По мнению К.Б. Калиновского, именно целесообразность должна заменить в системе права неотвратимость⁷. В пользу целесообразности говорит стремление соответствовать западному праву. Целесообразность зафиксирована и в международных документах. Например, п. 5.1 Токийских правил ООН прямо указывает на необходимость

расширения действия целесообразности при осуществлении производства по уголовным делам⁸. При этом отечественное право также хорошо знакомо с целесообразностью. Еще М.А. Чельцов-Бебутов заметил: «...По поводу прошлого (преступления) надо глядеть в будущее ... в социальной целесообразности — все основание карательных мер. В материальном праве идея индивидуализации отражается институтом условного осуждения, досрочного освобождения... в сфере уголовно-процессуальной расшатывается принцип легальности обвинения... Целесообразность становится на место справедливости»⁹. После периода сталинских репрессий, начиная с 50–60-х гг., в СССР, хотя и существовало мнение, что целесообразность противоречит законности, в право вновь вернулось понятие «целесообразность», следствием чего стало преобразование правила о неизбежности наказания в неотвратимость ответственности и наказания, которая включает в себя и требование учитывать целесообразность ответственности и наказания¹⁰. Таким образом, понятие «целесообразность» не является чем-то принципиально новым для российского права.

С другой стороны, нельзя противопоставлять целесообразность неотвратимости. Использование в правовой практике понятия «неотвратимость юридической ответственности и наказания» никак не противоречит целесообразности, поскольку реализация неотвратимости ответственности и наказания предполагает выбор между уголовным наказанием с применением или неприменением дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного. Этот выбор должен руководствоваться целесообразностью. Поэтому следует говорить не о противопоставлении, а о соотношении этих двух понятий. Если неотвратимость уголовной ответственности и наказания означает, что всякое лицо, совершившее преступление, подлежит юридической ответственности и наказанию, то целесообразность означает, что лицу, совершившему преступление, в случаях, предусмотренных в законе, может быть либо назначен, либо не назначен дополнительный вид наказания, предусмотренный в качестве обязательного.

Кроме того, сама постановка вопроса о предупредительном значении целесообразности, а также об эффективности методов поощрения невозможна без реализации неотвратимости, т. к. без устрашения не может быть поощрения. Таким образом, сосуществование неотвратимости и целесообразности в случае реализации ст. 64 УК РФ демонстрирует их диалектическую взаимосвязь, что говорит в пользу нелогичности их противопоставления.

Диалектическая взаимосвязь этих понятий реализуется и на уровне целей: согласно определению, целесообразность предполагает соответствие избираемой в отношении нарушителя меры воздействия целям юридической ответственности и наказания.

Диалектическая взаимосвязь неотвратимости и целесообразности ответственности и наказания предопределены взаимосвязью сущности преступления — его общественной опасностью, и сущности ответственности и наказания за преступление — общественной полезностью, которая проявляется в различных видах и формах государственного осуждения преступника и совершенного им деяния. Если при определении вида и формы ответственности и наказания на первый план выходит то, за что лицо подлежит осуждению, и в этом смысле общественная опасность преступления является единственным основанием криминализации и дифференциации ответственности и наказания, то при определении вида, размера, порядка отбывания наказания, пределов условного осуждения, решении вопросов применения дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного, условного и условно-досрочного освобождения от отбывания наказания в полной мере должно учитываться то, что преступник собой представляет.

Говоря о соотношении неотвратимости и целесообразности, необходимо помнить, что человек — это сложная динамическая, самоорганизующаяся система, тесно связанная с социальной средой и вместе с тем относительно самостоятельная в своих поступках. Поэтому, если мы хотим оказать позитивное влияние на поведение субъекта, необходимо, во-первых, воздействовать как на саму личность, так и на объективные условия ее жизни; во-вторых, учитывать сложность и многообразие индивидуальностей и типов личности; в-третьих, считаться с социально-психологическими и иными факторами взаимодействия личности с ее социальным окружением, которое может влиять подчас сильнее, чем уголовная юстиция. При этом уголовная юстиция вынуждена преследовать трудносовместимые цели — охрану общества от преступника и одновременно позитивное включение его в систему общественных отношений.

Таким образом, о неотвратимости и целесообразности ответственности и наказания следует говорить как взаимодействующих категориях, призванных обеспечивать торжество законности. Следовательно, применяя ст. 64 УК РФ в части неприменения дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного, речь должна идти не о противопоставлении, а о соотношении неотвратимости и целесообразности. Соблюдение судом разумного баланса между неотвратимостью уголовной ответственности и наказания и целесообразностью назначения или неназначения дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного, является важным и необходимым фактором торжества законности в современном российском обществе. Этот баланс достигается посредством строгого соблюдения в ходе судебного разбирательства законов диалектики и процессуальных процедур.

¹ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за четвертый квартал 1999 года. Определение № 45-099-36 по делу Мартынова // СПС «Гарант» (дата обращения: 11.11.2008).

² См.: *Философский словарь* / под ред. И.Т.Фролова. 6-е изд., перераб. и доп. М., 1991. С. 511.

³ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за 2005 год // СПС «Гарант» (дата обращения: 11.11.2008).

⁴ См.: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации за 2005 год // СПС «Гарант» (дата обращения: 11.11.2008).

⁵ См.: Военная коллегия Верховного Суда Российской Федерации. Дело № 1-03/04 (БВСР 05-11) от 17 февраля 2004 г. (извлечение) // СПС «Гарант» (дата обращения: 11.11.2008).

⁶ См.: *Шестаков Д.А.* Понятие преступности в российской и германской критической криминологии // *Правоведение*. 1997. № 3. С. 109.

⁷ См.: *Калиновский К.Б.* Уголовное судопроизводство как сфера использования положений конфликтологии // *Юридическая мысль*. СПб., 2002. № 1. С. 111–119.

⁸ См.: Минимальные стандартные правила Организации Объединенных Наций в отношении мер, не связанных с тюремным заключением (Токийские правила) // *Международные акты о правах человека*. С. 219.

⁹ См.: *Чельцов-Бебутов М.А.* Целесообразность и законность в Уголовном кодексе // *Проблемы преступности*. М., 1928. Вып. 3. С. 69.

¹⁰ См.: *Демидов Ю.А.* Социальная ценность и оценка в уголовном праве. М., 1975. С.166–176; *Добровольская Т.Н.* Принципы советского уголовного процесса. М., 1971. С.70; *Келина С.Г., Кудрявцев В.Н.* Принципы советского уголовного права. М., 1988. С. 128–129; *Незванова Л.А.* О соотношении принципов социалистической законности и публичности в советском уголовном судопроизводстве // *Правоведение*. 1990. № 2. С. 81; *Уголовный закон. Опыт теоретического моделирования*. М., 1987. С. 25; *Утевский Б.С.* Вопросы уголовного права в проекте закона // *Советское государство и право*. 1960. № 1. С. 116.

Л.А. Есина

НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ КВАЛИФИКАЦИИ ХУЛИГАНСТВА

Наиболее значимым показателем физического и нравственного благополучия общества, его защищенности от общественно опасных противоправных посягательств является адекватная государственная политика в области борьбы с преступлениями, в т. ч., посягающими на общественную безопасность и ставящими под угрозу жизнь и здоровье людей. К их числу относятся хулиганство как самостоятельный вид преступления и преступления, совершаемые из хулиганских побуждений.

Хулиганство и преступления, совершенные из хулиганских побуждений, относятся к насильственным видам преступлений и посягают не только на общественный порядок, но и создают реальную угрозу жизни и здоровью неограниченного круга лиц. Происходящие в последнее время процессы роста преступного насилия детерминированы, прежде всего, обострением социальных противоречий, резкой дифференциацией в обществе, падением морально-нравственных устоев, развитием правового нигилизма. В последние годы хулиганство как самостоятельный вид преступления имеет стойкую тенденцию к снижению.

Так, если в 1993 г. количество зарегистрированных преступлений по ст. 206 УК РСФСР в целом по России составляло 158,3 тыс. (выявлено 19,0 тыс. лиц, их совершивших); в 2003 г. по

© Л.А. Есина, 2009

Соискатель кафедры уголовного права и криминологии Саратовского юридического института МВД России.

ст. 213 УК РФ — 114,1 тыс. (84,8 тыс. лиц) соответственно; то к началу 2008 г. оно составило 20,4 тыс. (8,2 тыс. лиц) соответственно¹.

Казалось бы, статистика свидетельствует о том, что законодательными и превентивными мерами удалось добиться значительного сокращения хулиганства в структуре общеуголовной преступности. К сожалению, это скорее связано с субъективными, а не объективными причинами, в частности, с федеральными законами от 8 декабря 2003 г. № 162 и от 24 июля 2007 г. № 211, которые, как представляется, внесли неоправданные коррективы в редакцию ст. 213 УК РФ.

Однако общественная опасность рассматриваемого вида преступления заключается не только в том, что хулиган своими действиями нарушает нормальные условия жизнедеятельности граждан, но и в том, что указанные деяния совершаются, по большей части, несовершеннолетними лицами в возрасте 14–17 лет (более 50 %)², и для многих из них хулиганство является только первым шагом на пути совершения более тяжких преступлений.

В структуре общеуголовной преступности удельный вес несовершеннолетних и лиц, достигших 18 лет, имеет существенные отличия, т.е. удельный вес несовершеннолетних всегда больше.

В связи с этим правильная квалификация хулиганства и отграничение его от смежных составов поможет не только избежать судебной ошибки, но и оказать существенное влияние на состояние указанного вида преступности, а, учитывая многочисленные изменения редакции ст. 213 УК РФ, в правоприменительной практике возникают определенные трудности.

Казалось бы, рекомендации постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 45 «О судебной практике по уголовным делам о хулиганстве и иных преступлениях, совершенных из хулиганских побуждений» (в дальнейшем по тексту постановление Пленума)³ должны помочь снять те или иные вопросы. Однако на практике это далеко не так.

Например, рекомендации постановления Пленума указывают, что уголовно наказуемым хулиганством может быть признано только такое грубое нарушение общественного порядка, выражающее явное неуважение к обществу, которое совершено с применением оружия или предметов, используемых в качестве оружия, либо по мотивам политической, идеологической, расовой, национальной или религиозной ненависти или вражды либо по мотивам ненависти или вражды в отношении какой-либо социальной группы⁴.

При этом в постановлении Пленума не раскрывается понятие «грубое нарушение общественного порядка, выражающее явное неуважение к обществу», т.е. данный признак носит оценочный характер. Таким образом, в каждом конкретном случае следствие, а затем и суд должны квалифицировать содеянное виновным либо как хулиганство, либо как деяние, направленное на иные объекты. На наш взгляд, преступление, совершенное по указанным в диспозиции мотивам, относится, скорее, к преступлениям экстремистской направленности, чем к хулиганству.

Если виновный при совершении хулиганства использует незаряженное, неисправное, непригодное оружие (например, учебное) либо декоративное, сувенирное, оружие-игрушку и т.п., его деяние квалифицируется как оконченное единичное преступление по пункту «а» ч. 1 ст. 213 УК РФ⁵, не требующее дополнительной квалификации по ст. 222 УК РФ. Но в случае совершения разбойного нападения с аналогичными предметами (т.е. создающими видимость оружия и не способными причинить вред потерпевшему) содеянное не может быть квалифицировано как вооруженный разбой, а действия такого лица, при наличии к тому оснований, предусмотренных Законом, должны дополнительно квалифицироваться по ст. 222 УК РФ⁶. Получается, что деяние, имеющее сходство по внешним признакам (в плане применения «оружия»), в одном случае квалифицируются как вооруженное хулиганство, в другом — как простой разбой.

Представляется спорной и рекомендация, согласно которой причинение вреда жизни или здоровью личности из хулиганских побуждений требует квалификации по совокупности преступлений⁷. Если хулиганские побуждения выступают в качествеотягчающего обстоятельства при совершении преступления против личности, то зачем дополнительная квалификация по ст. 213 УК РФ? Ведь и так преступление влечет более суровое наказание.

Как признак субъективной стороны при совершении хулиганства и преступлений, совершаемых из хулиганских побуждений рассматривается мотив. При совершении любого преступления из хулиганских побуждений (против личности или против собственности) он

выступает в качестве обязательного признака субъективной стороны, а в хулиганстве как самостоятельном виде преступления — факультативным признаком.

По мнению ряда ученых, совершая хулиганство, виновный может руководствоваться самыми разнообразными мотивами, что не влияет на квалификацию преступлений⁸. Некоторые авторы вообще относили хулиганство к безмотивным преступлениям. Например, А.А. Жижиленко указывал: «...Хулиганские побуждения проявляются в том, что преступление совершается ради забавы, из удалства, на пари, или же без всякого особого мотива, бесцельно, только для того, чтобы, разрядить накопившуюся энергию»⁹.

Этимологическое значение слова «мотив» означает переживания, чувства, которые становятся стимулом к определенному поведению, и побуждают к поставке тех или иных целей¹⁰.

На наш взгляд, более правильна позиция, согласно которой какое бы умышленное преступное деяние не совершал виновный, в основе его действий всегда присутствует тот или иной мотив: «безмотивных деяний не существует, если только они не совершаются лицом, находившемся в состоянии такого душевного заболевания, которое исключает возможность осуществления им сознательных мотивированных поступков»¹¹.

Поэтому как всякое умышленное преступление хулиганство совершается с определенным мотивом, который часто определяют как чувство неуважения к обществу. Однако при его формировании имеют или могут иметь значение и другие чувства: например, злость, досада, тщеславие, самомнение, зависть, месть, негативизм, безнаказанность и др.

Кроме чувств, могут иметь значение и определенные антиобщественные интересы личности (например, эгоистические), озорство, аморальные взгляды и убеждения, а также связанные с личными неприязненными отношениями между потерпевшим и виновным: стремление последнего как-то досадить потерпевшему, оскорбить и унижить его либо причинить ему другой вред¹².

По мнению ряда ученых, мотивом, при совершении хулиганских действий, является не только озорство¹³, но и пренебрежительное отношение к окружающим, к иным охраняемым законом благам и интересам граждан. К хулиганским относятся и такие мотивы, как желание противопоставить себя общественному мнению, проявить бесчинство, бахвальство и т.п.¹⁴

Мотив преступления — это трансформированная в побуждении потребность лица к совершению общественно опасных деяний. В основе хулиганского мотива лежит извращенный и разнузданный эгоизм, а также вульгарное понимание свободы, моральный анархизм. Хулиганский мотив будет налицо и в том случае, когда действия хулигана вызваны ничтожным поводом со стороны потерпевшего.

В заключение хотелось бы отметить, что до сих пор хулиганство и преступления, совершенные из хулиганских побуждений, продолжают оставаться одними из наиболее распространенных видов правонарушений, требующих для его правильной квалификации приведения в соответствие с реалиями сегодняшнего дня, диспозиций и санкций ст. 213 УК РФ.

В связи с вышеизложенным предлагается следующая редакция ст. 213 УК РФ:

Статью 213 УК РФ изложить в следующей редакции:

1. Хулиганство, то есть непристойные действия, связанные с посягательством на телесную неприкосновенность или свободу граждан, грубо нарушающие общественный порядок и общественное спокойствие, выражающие явное неуважение к обществу, и создающие угрозу нежелательных или незаконных последствий в общественном месте, —

наказываются исправительными работами на срок от одного года до двух лет либо лишением свободы на срок до двух лет

2. То же деяние, совершенное:

а) с применением насилия, опасного для жизни и здоровья, либо с угрозой применения такого насилия;

б) группой лиц по предварительному сговору;

в) связанное с сопротивлением представителю власти либо иному лицу, препятствующему совершению указанного преступного деяния, —

наказывается лишением свободы на срок до пяти лет.

3. Деяния, предусмотренные частями первой и (или) второй настоящей статьи, совершенные:

а) организованной группой;

б) с применением оружия или предметов, используемых в качестве оружия;
в) повлекшие причинение тяжкого вреда здоровью или смерть потерпевшего, — наказываются лишением свободы на срок от пяти до семи лет.

4. Деяния, предусмотренные частями первой, второй или третьей настоящей статьи, повлекшие причинение тяжкого вреда здоровью или смерть двух и более лиц, — наказываются лишением свободы на срок от семи до десяти лет.

Примечание: 1. Под непристойными действиями, грубо нарушающими общественный порядок и общественное спокойствие, понимаются действия, вызывающие страх или беспокойство и создающие угрозу безопасности жизнедеятельности неограниченно определенного круга граждан.

¹ См.: Состояние преступности за январь-декабрь 2007 г. М., 2008. С. 15.

² См.: Там же.

³ См.: Российская газета. 2007. 21 нояб.

⁴ См.: Пункт 1 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 45-ФЗ «О судебной практике по уголовным делам о хулиганстве и иных преступлениях, совершенных из хулиганских побуждений» // Российская газета. 2007. 21 нояб.

⁵ См.: Пункт 4 // Там же.

⁶ См.: Пункт 23 постановления Пленума Верховного Суда РФ 27 декабря 2002 г. № 29 «О судебной практике по делам о краже, грабеже и разбое» (в ред. постановления Пленума Верховного Суда РФ от 6 февраля 2007 г. № 7) // СПС «КонсультантПлюс» (дата обращения: 06.02.2007).

⁷ См.: Пункт 11 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 45-ФЗ «О судебной практике по уголовным делам о хулиганстве и иных преступлениях, совершенных из хулиганских побуждений» // Российская газета. 2007. 21 нояб.

⁸ См., например: *Бажанов М.И., Ткаченко В.И.* Квалификация хулиганства по советскому уголовному праву // Советское государство и право. 1958. № 6. С. 133; *Сердюк Л.В., Тимербаев А.Т.* Расследование хулиганства и его профилактика: учебное пособие. Хабаровск, 1989. С. 9 и др.

⁹ *Жижиленко А.А.* Преступления против личности. М.; Л., 1927. С. 131.

¹⁰ См.: *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. 4-е изд., доп. и перераб. М., 2005. С. 376.

¹¹ См.: *Викторов Б.А.* Цель и мотив в тяжких преступлениях. М., 1963. С. 15.

¹² См.: *Сердюк Л.В., Тимербаев А.Т.* Расследование хулиганства и его профилактика: учебное пособие. Хабаровск, 1989. С. 4–15.

¹³ См.: *Бажанов М.И., Ткаченко В.И.* Указ. соч. С. 134.

¹⁴ См.: *Калмыков В.Т.* Хулиганство и меры борьбы с ним. Минск, 1979. С. 27.

Н.И. Насиров

К ВОПРОСУ О ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ СВИДАНИЙ И ВСТРЕЧ ОСУЖДЕННЫХ К ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ

В действующем уголовно-исполнительном законодательстве России свидания осужденных к лишению свободы с родственниками реализуется в следующих формах:

- 1) краткосрочные продолжительностью 4 ч;
- 2) длительные продолжительностью 3 суток на территории ИУ;
- 3) длительные продолжительностью 5 суток с проживанием вне территории ИУ.

Для получения юридической помощи осужденным предоставляются свидания с адвокатами, а также с иными лицами, имеющими право на оказание такой помощи. Следует отметить, что свидания осужденных с адвокатами, родственниками и иными лицами отличаются по своему правовому содержанию, следовательно, установленные УИК РФ ограничения относительно осужденных, находящихся в ШИЗО и ПКТ, распространяются на свидания с родственниками и тем самым не препятствуют получению ими квалифицированной юридической помощи. Данная позиция нашла свое отражение в постановлении Конституционного Суда РФ от 26 декабря 2003 г. № 20-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений частей первой и второй статьи 118 Уголовно-исполнительного кодекса Российской Федерации в связи с жа-

© Н.И. Насиров, 2009

Соискатель кафедры уголовного и уголовно-исполнительного права Саратовской государственной академии права.

лобой Шенгеляя Зазы Ревазовича», в котором, в частности, отмечается, что «то обстоятельство, что осужденный, отбывающий наказание в виде лишения свободы, и тем более водворенный в штрафной изолятор или переведенный в помещение камерного типа, находится в подчиненном, зависимом от администрации исполняющего наказание учреждении положении и ограничен в правах лично защищать свои права и законные интересы, предопределяет особую значимость безотлагательного обеспечения ему права пригласить для оказания юридической помощи адвоката (защитника) и реальной возможности воспользоваться ею.

Как следует из ст. 89 УИК РФ, законодатель, предусматривая предоставление свиданий осужденным к лишению свободы, различает, с одной стороны, свидания, которые предоставляются им в целях сохранения социально полезных связей с родственниками и иными лицами, и с другой — свидания с адвокатами и иными лицами, имеющими право на оказание юридической помощи, в целях реализации осужденными конституционного права на получение квалифицированной юридической помощи. Именно с учетом различий в правовой природе и сущности этих видов свиданий, законодатель, хотя и использует для их обозначения один и тот же термин, вместе с тем по-разному подходит к их регламентации исходя из того, что, если режим свиданий осужденного с родственниками и иными лицами предполагает нормативную определенность в части, касающейся продолжительности, частоты, порядка их предоставления и проведения, а также возможных ограничений, то правовой режим свиданий с адвокатами, как обеспечиваемый непосредственным действием права, закрепленного в ст. 48 (ч. 1 и 2) Конституции РФ, не требует подобного урегулирования»¹.

В связи с тем, что свидания осужденных с родственниками, адвокатами и иными лицами отличаются по своему правовому содержанию, в юридической литературе предлагают в Законе из понятия «свидание с защитником», исключить слово «свидание», а говорить, например, о праве каждого задержанного, заключенного под стражу, пользоваться помощью адвоката (защитника)².

О.А. Коптяева предлагает дополнить УИК РФ самостоятельной ст. 89.1 «Встречи осужденных с адвокатами для получения юридической помощи»³.

Мы разделяем указанные точки зрения. В этой связи отметим, что в Исправительно-трудовом кодексе РСФСР 1970 г. (далее — ИТК РСФСР) нормы, регулирующие свидания осужденных с родственниками и получение ими юридической помощи, содержались в отдельных статьях. Так, ст. 26 ИТК РСФСР регламентировала «Свидания и телефонные переговоры осужденных к лишению свободы с родственниками и иными лицами», а ст. 27 — «Оказание юридической помощи лицам, лишенным свободы».

По действующему уголовно-исполнительному законодательству России свидания осужденных с адвокатами или иными лицами, имеющими право на оказание юридической помощи, предоставляются без ограничения их числа продолжительностью до 4 ч.

Заметим, что продолжительность таких свиданий по пенитенциарному законодательству ряда зарубежных стран не ограничивается. Например, согласно ч. 4 ст. 61 УИК Кыргызской Республики для получения юридической помощи осужденным по их заявлению предоставляются свидания с адвокатами при наличии ордера-поручения. Свидания предоставляются наедине и без ограничения количества и продолжительности бесед⁴.

Кроме того, согласно п. 5 ч. 3 ст. 6 Федерального закона от 31 мая 2002 г. № 63-ФЗ «Об адвокатской деятельности и адвокатуре в Российской Федерации» (в ред. федеральных законов от 28 октября 2003 г. № 134-ФЗ, 22 августа 2004 г. № 122-ФЗ, 20 декабря 2004 г. № 163-ФЗ, 24 июля 2007 г. № 214-ФЗ, 3 декабря 2007 г. № 320-ФЗ) адвокат вправе беспрепятственно встречаться со своим доверителем наедине в условиях, обеспечивающих конфиденциальность (в т.ч. в период его содержания под стражей), без ограничения числа свиданий и их продолжительности⁵.

На основании постановления Конституционного Суда РФ от 26 декабря 2003 г. № 20-П, поддерживая мнений вышеуказанных авторов, учитывая исторический опыт, опираясь на законодательства зарубежных стран, а также принимая во внимание то, что для получения юридической помощи осужденные к лишению свободы могут пользоваться услугами как адвокатов, так и иных лиц, имеющих право на оказание такой помощи, считаем целесообразным дополнить УИК РФ отдельной ст. 89.1 «Получение осужденными к лишению свободы юридической помощи» и изложить ее в следующей редакции:

«Статья 89.1 Получение осужденными к лишению свободы юридической помощи

1. Для получения юридической помощи осужденным предоставляются встречи с адвокатами или иными лицами, имеющими право на оказание юридической помощи, без ограничения их числа продолжительностью до четырех часов. В силу объективной необходимости продолжительность встреч осужденных с адвокатами может быть увеличена с разрешения начальника исправительного учреждения.

2. По заявлению осужденного встречи с адвокатом предоставляются наедине, вне пределов слышимости третьих лиц и без применения технических средств прослушивания».

При положительном решении вопроса о включении в УИК РФ отдельной ст. 89.1 необходимо исключить ч. 4 ст. 89.

Как уже отмечалось, свидания осужденных с родственниками бывают краткосрочными, длительными (с правом проживания на территории и вне территории исправительного учреждения).

Краткосрочные свидания предоставляются осужденным с родственниками или иными лицами в присутствии представителей администрации исправительного учреждения.

Длительные свидания с правом совместного проживания (на территории исправительного учреждения) предоставляются осужденным с супругой (супругом), родителями, детьми, усыновителями, усыновленными, родными братьями и сестрами, дедушками и бабушками, а в исключительных случаях — с разрешения начальника исправительного учреждения — с иными лицами. Для проведения длительных свиданий с правом совместного проживания в исправительных учреждениях имеются специально оборудованные на охраняемой территории помещения.

Длительное свидание осужденным с указанными лицами с правом совместного проживания вне территории ИУ предоставляется в специальном принадлежащем учреждению помещении, расположенном за пределами охраняемой территории (если такое имеется), либо с родителями или другими вышеназванными родственниками по месту их жительства.

Правила внутреннего распорядка исправительных учреждений устанавливают, что первое свидание может быть предоставлено осужденному сразу же по его прибытии в ИУ, независимо от того, когда он имел предыдущее свидание в месте предварительного заключения (ст. 70)⁶.

Свидания с родственниками, предоставляемые осужденным, направлены на сохранение и развитие семейных, родственных и иных социально полезных связей осужденных во время отбывания ими наказания в виде лишения свободы.

Сохранение семейных отношений, а также попытка заключить брак во время отбывания наказания для осужденного является важным стимулирующим фактором в стремлении к исправлению. Свидания осужденных с супругами, родителями, детьми способны разнообразить, оживить их жизнь, придать ей смысл⁷.

Заметим, что осужденным, содержащимся в местах лишения свободы, разрешена регистрация брака как с лицами, находящимися на свободе, так и с осужденными, содержащимися в исправительных колониях. Согласно ч. 7 ст. 27 Федерального закона от 15 ноября 1997 г. № 143-ФЗ «Об актах гражданского состояния», «государственная регистрация заключения брака с лицом ... отбывающим наказание в местах лишения свободы, производится в помещении, определенном начальником соответствующего учреждения по согласованию с руководителем органа записи актов гражданского состояния»⁸.

Регистрация брака осужденных осуществляется администрацией исправительного учреждения, которая, во-первых, в ряде случаев юридически оформляет существовавшие добрачные отношения и предоставляет осужденному супругу определенные права, например, право на совместное проживание в колонии-поселении на арендованной или собственной жилой площади на территории колонии или за ее пределами, на длительные свидания и т.п.⁹ Однако длительные свидания с правом проживания за пределами исправительного учреждения в связи с регистрацией брака входят в число свиданий, положенных осужденному в зависимости от условий содержания в конкретной колонии. В этой связи возникает вопрос: как быть в случае, если перед заключением брака осужденный использовал право на длительное свидание с родственниками?

Необходимо заметить, что по законодательству ряда зарубежных стран осужденным при регистрации брака предоставляются дополнительные длительные свидания. Например, согласно ч. 5 ст. 83 УИК Республики Беларусь осужденным, отбывающим лишение свободы в исправительных и воспитательных колониях, а также оставленным в следственных изоляторах и тюрьмах для выполнения работ по хозяйственному обслуживанию при заключении брака в период отбывания наказания предоставляется длительное свидание продолжительностью до 3 суток, которое не входит в счет положенных и предоставляемых в порядке поощрения свиданий¹⁰.

Правовое регулирование предоставления дополнительных свиданий осужденным при регистрации брака по УИК Республики Беларусь может быть учтено и уголовно-исполнительным законодательством России с соответствующей корректировкой. Вполне вероятно, что такой гуманный шаг государства по отношению к лицам, находящимся за колючей проволокой, даст им шанс сохранить социальные связи и создать семью. Кроме того, представляется возможным добиться положительных результатов в деле ресоциализации осужденных к лишению свободы, поскольку «семья имеет важное значение в жизни любого человека. Особенно велика ее роль для осужденного»¹¹.

Выводы о целесообразности предоставления осужденным к лишению свободы длительных свиданий сроком до 3-х суток при заключении брака подтверждены результатами анкетирования сотрудников исправительных учреждений. Из 50 опрошенных респондентов на поставленный вопрос: «Следует ли в УИК РФ включить норму, предусматривающую предоставление осужденным к лишению свободы длительное свидание сроком до 3 суток при заключении брака?» 31 респондент, или 62 %, дали положительный ответ, 18 респондентов, или 36 %, ответили отрицательно и 1 респондент, или 2 %, воздержался.

С учетом вышеизложенного представляется целесообразным изменить название ст. 89 УИК РФ на «Свидания осужденных с родственниками и иными лицами» и изложить ее в следующей редакции:

«Статья 89. Свидания осужденных с родственниками и иными лицами

1. Осужденным к лишению свободы предоставляются краткосрочные свидания продолжительностью четыре часа и длительные свидания продолжительностью трое суток на территории исправительного учреждения. В предусмотренных настоящим Кодексом случаях осужденным могут предоставляться длительные свидания с проживанием вне исправительного учреждения продолжительностью пять суток. В этом случае начальником исправительного учреждения определяются порядок и место проведения свидания.

2. Краткосрочные свидания предоставляются с родственниками или иными лицами в присутствии представителя администрации исправительного учреждения. Длительные свидания предоставляются с правом совместного проживания с супругом (супругой), родителями, детьми, усыновителями, усыновленными, родными братьями и сестрами, дедушками, бабушками, внуками, а с разрешения начальника исправительного учреждения — с иными лицами.

3. Осужденным по их просьбе разрешается заменять длительное свидание краткосрочным, краткосрочное или длительное свидание телефонным разговором, а в воспитательных колониях длительное свидание с проживанием вне исправительного учреждения краткосрочным свиданием с выходом за пределы воспитательной колонии. Порядок замены одного вида свидания другим устанавливается Министерством юстиции Российской Федерации.

4. Осужденным к лишению свободы, содержащимся в исправительных и воспитательных колониях, а также осужденным, оставленным в установленном порядке в следственных изоляторах и тюрьмах для ведения работ по хозяйственному обслуживанию, при заключении брака в период отбывания наказания предоставляются длительные свидания продолжительностью трое суток на территории исправительного учреждения, которые не входят в счет положенных и предоставляемых в порядке поощрения свиданий.

5. Осужденным, отбывающим лишение свободы в колониях-поселениях, при заключении брака длительные свидания могут предоставляться с правом проживания вне территории исправительного учреждения».

Можно предположить, что некоторые предложенные нами меры будут способствовать совершенствованию уголовно-исполнительного законодательства России в области правового регулирования общения осужденных к лишению свободы с внешним миром.

¹ СЗ РФ. 2004. № 2, ст. 160.

² См.: Руднев В. Место свидания изменить нельзя / http://ombudsman.gov.ru/dad12/dad_188/r20.doc (дата обращения: 16.03.2009).

³ См.: Колтяева О.А. Юридическая помощь осужденным: роль адвокатуры // Российский следователь. 2007. № 1. С. 26–27.

⁴ См.: Уголовно-исполнительный кодекс Кыргызской Республики от 11 ноября 1999 г. (с изм. и доп. по состоянию на 25 июня 2007 г.) / <http://www.mvd.kg/docs/kodeks/index.php?print=Y> (дата обращения: 16.03.2009).

⁵ См.: СЗ РФ. 2002. № 23, ст. 2102; 2007. № 50, ст. 6233.

⁶ См.: Бюллетень нормативных актов федеральных органов исполнительной власти. 2005. № 47.

⁷ См.: Миняева Т. Правовое регулирование семейных отношений осужденных, отбывающих лишение свободы // Российская юстиция. 2003. № 7. С. 63.

⁸ См.: СЗ РФ. 1997. № 47, ст. 5340.

⁹ См.: Миняева Т. Указ. соч. С. 63.

¹⁰ См.: Уголовно-исполнительный кодекс Республики Беларусь (с изм. и доп. по состоянию на 2 августа 2006 г.) // <http://www.levonevski.net/pravo/kodeksy/uik/index.html> (дата обращения: 16.03.2009).

¹¹ См.: Шмаров И.В. Уголовно-исполнительное право: учебник. М., 1998. С. 99.

Ж.В. Тришина

ОСОБАЯ ЖЕСТОКОСТЬ КАК ПРИЗНАК ОБЪЕКТИВНОЙ СТОРОНЫ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Преступления, совершенные с особой жестокостью, относятся к той разновидности преступлений против личности, проблема выявления, раскрытия, расследования которых в последние годы стала особенно злободневной. Преступление, в т. ч. совершенное с особой жестокостью, представляет собой один из специфических видов сознательной человеческой деятельности, т. е. волевой акт, предполагающий цель, выбор средств, мотив и оценку действий. В этом качестве оно составляет важнейшую характеристику субъекта преступления как личности, его сознания, психики¹. Любое проявление человеческой деятельности, в т. ч. и преступной, есть вместе с прочим акт общественной связи индивида с другими людьми, элемент человеческой истории, социального опыта. Осуществляется эта связь через поведение, через выработанные и сложившиеся в ходе исторической практики способы и формы общения и обособления личности.

В конце XX столетия все заметнее давали о себе знать прогрессирующие негативные тенденции роста насильственной преступности, сказывающиеся на состоянии социальной защищенности граждан, усиливая напряженность в обществе, подрывая авторитет государства и вызывая серьезную озабоченность как правоохранительных органов, так и всего населения. Сфера насилия в современном мире остается чрезвычайно широкой и многоликой.

Проводимая реформа уголовного законодательства и других отраслей криминального цикла предполагает не только разработку отдельных норм и институтов, но и дальнейшее развитие теоретических основ российского уголовного права, криминологии, неразрывно связанное с научно обоснованным решением проблем практической борьбы с преступлениями, совершаемыми с особой жестокостью.

Действующее уголовное законодательство устанавливает ответственность за особую жестокость при совершении: убийства (п. «д» ч. 2 ст. 105 УК РФ); умышленного причинения тяжкого вреда здоровью (п. «б» ч. 2 ст. 111 УК РФ); умышленного причинения средней тяжести вреда здоровью (п. «в» ч. 2 ст. 112 УК РФ); изнасилования (п. «д» ч. 2 ст. 131 УК РФ); насильственных действий сексуального характера (п. «д» ч. 2 ст. 132 УК РФ)².

© Ж.В. Тришина, 2009

Соискатель кафедры уголовного права и криминологии Саратовского юридического института МВД России.

Прежде чем раскрыть понятие «особая жестокость», необходимо дать определение понятию «насилие» вообще. В литературе приводятся различные определения понятия «насилие», в зависимости от того, какие признаки выделяются тем или иным исследователем. Например, под насилием понимается незаконное применение силы, принудительное, т. е. против воли другого лица, воздействие на него³. Либо, насилие — это, прежде всего, действие одного лица, свершенное вопреки воли другого или принуждение к совершению каких-либо действий против желания потерпевшего⁴.

Так, например, Л.Д. Гаухман выделяет в определении насилия фактические и юридические признаки. К фактическим признакам ученый относит объективные и субъективные критерии, а в качестве юридических признаков выделяет незаконность и общественную опасность действия⁵.

По мнению А.Н. Романкова, «насилие — это общественно опасное противоправное умышленное воздействие на жизнь, здоровье, телесную неприкосновенность, физическую свободу человека помимо или вопреки его воле...»⁶.

По определению Н.В. Огородникова, насилие — это общественно опасное, противоправное воздействие на организм человека против его воли, при котором причиняется или создается угроза причинения вреда его жизни, здоровью, правам и свободам⁷.

По утверждению Н.В. Иванцовой, такое определение не является полным и юридически выверенным, хотя бы потому, что в нем отсутствует признак «виновное», т. к. отдельные деяния являются противоправными, но не виновными, например, при крайней необходимости или при задержании преступника⁸.

В научной и учебной литературе традиционно рассматривают два основных вида насилия — физическое и психическое, причем, последнее обычно сводится к угрозе применения физического насилия. На наш взгляд, утверждение о возможности причинения только психического вреда при воздействии на психику не совсем верно. Современная психология установила прочную взаимосвязь психического и физического. Так, например, доказано, что психические травмы могут повлечь физические заболевания и наоборот⁹. Как представляется, психическое и физическое насилие — разные категории, однако имеются точки их соприкосновения, что позволяет говорить о психо-физическом насилии.

Исходя из вышеизложенного, представляется возможным сформулировать определение понятия насилия в уголовно-правовом значении. Под *насилием* понимается психо-физическое воздействие на организм человека, повлекшее нарушение состояния его психики, телесной неприкосновенности или причинение различной тяжести вреда здоровью либо лишение жизни.

Особая жестокость как способ выступает в качестве обязательного признака объективной стороны при совершении рассматриваемых видов насильственных преступлений против личности. Рекомендации постановлений пленумов Верховного Суда РФ понятие «особая жестокость» при квалификации разных видов преступлений против личности раскрывают практически аналогично.

Например, рекомендации постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (статья 105 Уголовного кодекса Российской Федерации)» под особой жестокостью предлагают понимать случаи, когда потерпевшему причиняются прижизненные страдания (например, нанесение большого количества телесных повреждений, использование мучительно действующего яда, сожжение заживо, длительное лишение пищи, воды и т.д.) либо совершение убийства в присутствии близких потерпевшему лиц, когда виновный сознавал, что своими действиями причиняет им особые страдания¹⁰.

Если же лицо осуществляет глумление над трупом, оно не может расцениваться в качестве обстоятельства, свидетельствующего о совершении убийства с особой жестокостью. Содеянное в таких случаях, если не имеется других данных о проявлении виновным особой жестокости перед лишением потерпевшего жизни или в процессе совершения убийства, следует квалифицировать по соответствующей части ст. 105 и по ст. 244 УК РФ, предусматривающей ответственность за надругательство над телами умерших. Уничтожение или расчленение трупа с целью сокрытия преступления также не может быть основанием для квалификации убийства как совершенного с особой жестокостью¹¹.

В рекомендациях постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2004 г. № 14 «О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных статьями 131 и 132 Уголовного кодекса Российской Федерации» указано: изнасилование или насильственные действия сексуального характера следует признавать совершенными с особой жестокостью, если в процессе этих действий потерпевшему лицу или другим лицам умышленно причинены физические или нравственные мучения и страдания.

Особая жестокость может выражаться в издевательствах и глумлении над потерпевшим лицом, истязании в процессе изнасилования, в причинении телесных повреждений, в совершении изнасилования или насильственных действий сексуального характера в присутствии родных или близких потерпевшего лица, а также в способе подавления сопротивления, вызывающем тяжелые физические либо нравственные мучения и страдания самого потерпевшего лица или других лиц. При этом суду следует иметь в виду, что при квалификации таких действий по признаку особой жестокости необходимо устанавливать умысел виновного лица на причинение потерпевшим лицам особых мучений и страданий¹².

Аналогично признак «особая жестокость» раскрывается и при квалификации иных преступлений против здоровья человека. Мы предлагаем следующее определение понятия «особая жестокость»:

Деяние признается совершенным с особой жестокостью, если умыслом виновного охватывалось причинение прижизненных психо-физических страданий потерпевшему либо совершенное в присутствии несовершеннолетних детей, независимо от того, состоят ли они в родственных связях с потерпевшим, либо в присутствии близких лиц потерпевшему.

Подводя итоги, следует отметить, что в последние годы все чаще насилие, и особенно жестокие формы его проявления, становится способом разрешения споров и конфликтов, особенно в подростково-молодежной среде. Изучение жестокости на межличностном и индивидуальном уровнях должно носить не только правовой, криминологический или социологический, но и этический, психологический характер. Такое исследование необходимо для понимания жестокости вообще и разработки мер, направленных на повышение эффективности борьбы с преступлениями данного вида.

¹ См.: Леонтьев А. Деятельность, сознание, личность. М., 1975. С. 47.

² См.: Уголовный кодекс Российской Федерации. Раздел 7: Преступления против личности. М., 2007.

³ См.: Российская социологическая энциклопедия. М., 1998. С. 310.

⁴ См.: Ожегов С.И., Шведова Н.Ю. Толковый словарь русского языка. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2005. С. 179.

⁵ См.: Гаухман Л.Д. Борьба с насильственными посягательствами. М., 1967. С. 4.

⁶ Романков А.Н. Уголовно-правовая характеристика насильственного способа совершения преступлений против собственности: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2000. С. 15.

⁷ Огородникова Н.В. К вопросу об унификации законодательного описания насилия как способа совершения конкретных составов преступлений // Насилия в обществе: материалы научно-практической конференции. Ростов н/Д, 1999. С. 218.

⁸ Иванцова Н.В. Отражение и оценка общественно опасного насилия в уголовном праве: вопросы теории и практики: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Казань, 2005. С. 6.

⁹ См., например: Рубинштейн С.Л. Основы общей психологии. СПб., 2005. С. 24–28.

¹⁰ См.: Пункт 8 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (статья 105 Уголовного кодекса Российской Федерации)» (в ред. от 6 февраля 2007 г., 3 апреля 2008 г.) // Российская газета. 1999. 6 февр.; 2007. 11 февр.

¹¹ См.: Там же.

¹² См.: Пункт 12. Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 июня 2004 г. № 11 «О судебной практике по делам о преступлениях, предусмотренных статьями 131 и 132 Уголовного кодекса Российской Федерации» // Российская газета. 2004. 25 июня.

С.Л. Кисленко

ПРЕДЕЛЫ УГОЛОВНОГО ПРЕСЛЕДОВАНИЯ В РОССИЙСКОМ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВЕ: ПРОБЛЕМЫ ТЕОРИИ И ПРАКТИКИ

Решение вопроса о пределах уголовного преследования в российском законодательстве имеет не только теоретическое, но и практическое значение, поскольку, во-первых, позволяет определить границы этапов уголовного преследования; во-вторых, определить круг его субъектов; в-третьих, установить момент начала и окончания в рамках его процессуальных правоотношений.

Момент начала уголовного преследования в литературе связывают с разными обстоятельствами.

Отдельные авторы отождествляли начало уголовного преследования с моментом возбуждения уголовного дела, независимо от того, известно ли лицо, подлежащее уголовному преследованию¹.

М.С. Строгович, который был наиболее последовательным в этом плане, полагал, что уголовное преследование может вестись только в отношении определенного лица — обвиняемого и, следовательно, возникает с момента привлечения конкретного лица в качестве такового². Ту же часть расследования, которая предшествует привлечению лица в качестве обвиняемого, автор называл подготовкой к уголовному преследованию. Другая точка зрения исходит из того, что начальный момент уголовного преследования совпадает с производством первых процессуальных действий, связанных с применением мер процессуального принуждения и ограничением конституционных прав граждан³. Поскольку актом возбуждения уголовного преследования в таком случае может являться протокол задержания лица либо постановление об избрании меры пресечения до предъявления обвинения, уголовное преследование может осуществляться в отношении подозреваемого⁴.

Существует также мнение, согласно которому начало и окончание уголовного преследования необходимо связывать с возникновением и прекращением уголовно-процессуальных отношений⁵. По мнению Г.Н. Королева, «начальным моментом уголовного преследования является обнаружение прокурором и иными должностными лицами, указанными в законе, признаков преступления в деяниях определенного лица и этот момент совпадает с возникновением уголовно-процессуальных отношений»⁶.

Следует отметить, что законодатель не поставил окончательную точку в данной дискуссии.

© С.Л. Кисленко, 2009

Кандидат юридических наук, доцент кафедры методологии криминалистики Саратовской государственной академии права.

Согласно постановлению Конституционного Суда РФ от 14 января 2000 г. № 1-П «актом возбуждения уголовного дела начинается публичное уголовное преследование от имени государства в связи с совершенным преступным деянием»⁷. При этом законодатель говорит о возбуждении уголовного дела как о проявлении функции уголовного преследования.

Следуя смыслу ч. 2 ст. 21 УПК РФ, реализация функции уголовного преследования начинается с момента обнаружения правоохранительными органами признаков преступления. Согласно ч. 2 ст. 21 УПК РФ установление самого события преступления связано с этапом, следующим за моментом обнаружения прокурором, следователем, дознавателем признаков преступления. Иными словами при наличии достаточных данных, указывающих на признаки преступления, органы уголовного преследования возбуждают уголовное дело и принимают меры по установлению события преступления.

Представляется, что данное положение не вполне соответствует норме, содержащейся в п. 1 ч. 1 ст. 24 УПК РФ, недопускающей возбуждение уголовного дела при отсутствии события преступления. На наш взгляд, установление события преступления в том смысле, в котором оно приводится в п. 1 ч. 1 ст. 73 УПК РФ, не может найти полноценную реализацию в стадии возбуждения уголовного дела в силу природы и назначения указанного этапа судопроизводства. Например, определение способа совершения преступления требует зачастую производства экспертного исследования, что недопустимо на данной стадии. Выявление обстоятельств совершения преступления, несомненно, составляет процесс доказывания по делу. На наш взгляд, уголовное дело не может быть возбуждено при отсутствии *признаков, указывающих на событие преступления*

Основанием для возбуждения уголовного дела служит наличие достаточных данных, указывающих на признаки преступления (ч. 2 ст. 140 УПК РФ). Содержание достаточности данных, свидетельствующих о преступлении, законодателем не конкретизировано. Употребление в тексте ч. 2 ст. 140 УПК РФ термина «признаки» указывает не на один, а на несколько (т.е. не менее двух) признаков преступления. При этом законодатель употребляет признаки в уголовно-правовом смысле, т.е. в значении признаков состава преступления. Обнаружение и закрепление признаков преступления в их криминалистическом понимании (как следов, указывающих на возможность совершения конкретного преступления) связывается в УПК РФ уже с возбужденным уголовным делом (п. 19 ст. 5 УПК РФ).

Представляется, что при установлении характера и объема признаков преступления необходимо ориентироваться, прежде всего, на те из них, которые способны дифференцировать на данной стадии форму, вид субъектов уголовного преследования. Так, в ст. 157 УПК РФ говорится о наличии *признаков преступления, по которому производство предварительного следствия обязательно*. Согласно п. 3 ч. 1 ст. 145 УПК РФ по результатам рассмотрения сообщения о преступлении *решается вопрос о подследственности*.

Исходя из анализа ряда норм УПК РФ, при определении достаточности данных, указывающих на признаки преступления, необходимо исходить из такого его признака, как общественная опасность. Общественная опасность как элемент, раскрывающий социальную сущность преступления, позволяет отграничить преступление от иных правонарушений (административных, дисциплинарных и других), определить виды уголовного преследования. Разграничение проводится по таким признакам общественной опасности деяния, как: последствия, способ, место, форма вины и т.д. Так, согласно ст. 20 УПК РФ в зависимости от характера и тяжести совершенного преступления уголовное преследование осуществляется в публичном, частно-публичном и частном порядке.

Таким образом, в качестве обязательного условия для возбуждения уголовного дела необходим минимум признаков, позволяющий дать предварительную уголовно-правовую квалификацию содеянному. Это вытекает из смысла п. 4 ч. 2 ст. 146 УПК РФ, согласно которому в постановлении о возбуждении уголовного дела, наряду с иными составляющими, указывается пункт, часть, статья УК РФ, на основании которых возбуждается уголовное дело. При этом законодатель относит к одному из оснований для отказа в возбуждении уголовного дела отсутствие в деянии состава преступления (п. 2 ч. 1 ст. 24 УПК РФ). Представляется, что указанная норма противоречит ч. 2 ст. 140 УПК РФ и самой природе института возбуждения уголовного дела. Задачи, стоящие на данной (начальной) стадии уголовного судопроизвод-

ства, не могут сводиться к установлению элементов состава преступления, поскольку это предполагает деятельность по собиранию и проверке доказательственной информации. Следует согласиться, что «применительно к деянию, содержащему признаки преступления, можно говорить о составе преступления не как о реальном, а лишь как о предполагаемом факте»⁸, требующем дальнейшего подтверждения в ходе уголовного судопроизводства. Представляется, что отсутствие в деянии состава преступления может служить лишь основанием для прекращения уже возбужденного по достаточным данным, указывающим на признаки преступления, уголовного дела.

Пункт 55 ст. 5 УПК РФ связывает уголовное преследование с наличием процессуальной фигуры конкретных лиц — подозреваемого и обвиняемого. Однако, следуя смыслу ряда других норм (ч. 4 ст. 20, ч. 4 ст. 157 УПК РФ), законодатель признает, что в момент обнаружения признаков преступления не всегда бывает известно лицо, его совершившее. Исходя из этого положения, ч. 2 ст. 21 УПК РФ расширяет пределы уголовного преследования, указывая на необходимость его субъектами предпринимать меры не только по изобличению лиц, виновных в совершении преступления, но и по установлению самого события преступления. Такая позиция законодателя представляется вполне приемлемой, поскольку соответствует публичной природе органов уголовного преследования, обязывающей их реагировать на проявление любых признаков преступных деяний. Например, такой материальный признак преступления, как его общественная опасность, характеризуется не только субъективными признаками (форма вины, мотив, рецидив и т.д.), но и объективными, вытекающими из таких элементов, как: объект посягательства, способ, место совершения преступления, его последствия. В большинстве случаев на начальном этапе расследования органам уголовного преследования приходится сталкиваться именно с указанными обстоятельствами совершения преступления. Более того, само изобличение подозреваемого, обвиняемого как процесс доказывания его вины возможно только при установлении его непосредственной причастности к событию преступления.

Таким образом, особенность публичного уголовного преследования состоит в возможности возбуждения дела не только в отношении конкретного лица, но и по факту его совершения⁹. Для дел частного обвинения наличие данных о лице, совершившем преступление, является обязательным (п. 4 ч. 5 ст. 318). Согласно ч. 2 ст. 147 УПК РФ, если заявление подано в отношении лица, данные о котором потерпевшему не известны, то мировой судья отказывает в принятии заявления к своему производству и направляет указанное заявление руководителю следственного органа или начальнику органа дознания для решения вопроса о возбуждении уголовного дела, о чем уведомляет лицо, подавшее заявление¹⁰. Любой случай совершения преступления лицом, данные о котором не известны, требует вмешательства государственных органов (ч. 4 ст. 20 УПК РФ), которые принимают розыскные и оперативно-розыскные меры для установления данного лица (ч. 4 ст. 157 УПК РФ). Такое понимание уголовного преследования вполне соответствует этимологическому смыслу термина «преследовать», означающему «следовать, гнаться за кем-нибудь с целью поимки»¹¹.

Часть 2 ст. 21 УПК РФ, раскрывая содержание уголовного преследования, говорит о необходимости в случае установления признаков преступления изобличения лиц, виновных в его совершении. Такая позиция законодателя представляется дискуссионной, поскольку понятие «виновность лица в совершении преступления» в уголовно-процессуальном праве связывается с моментом судебного решения по делу. Виновность характерна для преступления, а не для деяния, содержащего его признаки. Представляется, что более корректно было бы вести речь об установлении причастности лица к совершенному деянию, поскольку одним из оснований прекращения уголовного преследования является именно непричастность лица к совершению преступления (п. 1 ч. 1 ст. 27 УПК РФ). Причастность служит категорией, определяющей объективное отношение лица к определенному явлению, событию, но не способна выражать степень его виновности, которая является объектом процессуальной деятельности по доказыванию (п. 2 ч. 1 ст. 73 УПК РФ). Кроме того, термин «причастность» важен для разграничения этапов уголовного преследования, которое протекает в форме подозрения и обвинения.

Единство процесса уголовного преследования и логическая последовательность его стадий предопределяет необходимость определения его заключительного момента, т. е. установления общей цели деятельности органов уголовного преследования.

Следует отметить, что содержание уголовного преследования в том виде, в котором оно приводится в УПК РФ, не позволяет сделать однозначный вывод по данному вопросу. Подобный подход законодателя представляется, по меньшей мере, нелогичным, поскольку содержание любой деятельности не может создаваться произвольно, т. к. оно имеет объективный характер, непосредственно обусловливаемый ее целью. Целевая деятельность — это деятельность перспективная, ориентированная на определенный результат и осуществляющаяся в соответствии с объективными законами. Целенаправленный характер деятельности указывает на возможность предвидения субъектом результата ее осуществления, что, в свою очередь, говорит о плановых началах в деятельности. В зависимости от степени соответствия результата деятельности цели можно говорить о ее рациональности.

В ст. 35 Модельного УПК РФ для государств-участников СНГ говорилось, что прокурор, следователь и дознаватель осуществляют уголовное преследование, пока не обнаружатся обстоятельства, исключающие уголовное преследование. Представляется, что подобное толкование данного процесса не позволяет рассматривать его как целенаправленную деятельность. Поэтому, например, в п. 48 ст. 6 УПК РФ Республики Беларусь в качестве основной задачи уголовного преследования законодатель видит: обеспечение применения к лицу, совершившему общественно опасное деяние, наказания либо иных мер уголовной ответственности или принудительных мер безопасности и лечения. Согласно Приказу Генеральной прокуратуры РФ от 5 июля 2002 г. № 39 «Об организации прокурорского надзора за законностью уголовного преследования в стадии досудебного производства» конечная цель уголовного преследования — изобличение лиц, виновных в совершении преступлений, и привлечение их к *уголовной ответственности*.

На наш взгляд, обоснование привлечения к уголовной ответственности как к мере принудительного характера, предусмотренной уголовным законом в качестве реакции государства на совершение лицом преступления, отражает публичную природу уголовного преследования. Как отмечается в литературе, указанные категории соотносятся как средство и цель: уголовное преследование завершается наступлением уголовной ответственности (когда суд от имени государства признает лицо виновным в совершении преступления во вступившем в силу обвинительном приговоре)¹². Такое понимание уголовного преследования вытекает не только из уголовно-процессуальных, но и уголовно-правовых норм. Согласно ст. 8 УК РФ основанием уголовной ответственности является совершение деяния, *содержащего все признаки состава преступления*, т. е. совокупности установленных уголовным законом объективных и субъективных признаков, характеризующих конкретное общественно опасное деяние как преступление.

Поводом для возникновения отношений в рамках уголовного преследования служат уголовно-правовые отношения. Преступление рассматривается как юридический факт, приводящий к возникновению уголовно-правового отношения. В момент обнаружения признаков преступления конкретизируется субъект уголовно-правовых отношений — орган, представляющий интерес государства в борьбе с преступными деяниями (п. 3 ч. 1 ст. 145 УПК РФ). В ходе реализации уголовно-процессуальных отношений устанавливаются и конкретизируются предмет уголовно-правовых отношений — преступление и субъект этих правоотношений — лицо, совершившее преступление. Как точно подметил М.С. Строгович, в данном случае «уголовно-процессуальные отношения как бы вливаются в русло уголовно-правового отношения и конкретизируют его»¹³. С другой стороны, содержание уголовного преследования во многом определяется содержанием уголовной ответственности. Например, «юридическая конструкция состава преступления предопределяет юридическую конструкцию предмета доказывания»¹⁴.

Таким образом, уголовное преследование представляет собой деятельность уполномоченных на то субъектов — с момента обнаружения признаков преступления до их полного установления в целях обоснования необходимости привлечения лица, его совершившего, к уголовной ответственности. Представляется, что подобное понимание анализируемого института должно найти соответствующее закрепление в уголовно-процессуальном законодательстве. В настоящее время, следуя смыслу п. 55 ст. 5 УПК РФ, уголовное преследование лиц, имеющих исключительно процессуальный статус подозреваемого, обвиняемого, неизбежно ограничивается рамками досудебного производства. Уголовное преследование должно осу-

ществляться на протяжении всего судопроизводства, которое включает в себя как досудебное, так и судебное производство по делу. В рамках последнего указанную деятельность реализует прокурор, который согласно ч. 3 ст. 37 УПК РФ поддерживает государственное обвинение по делу, т. е. речь идет об обосновании данным субъектом уголовного преследования виновности конкретного лица — подсудимого.

Таким образом, *уголовное преследование представляет собой процессуальную деятельность уполномоченных на то субъектов по установлению события преступления и лица или лиц, причастных к его совершению, в целях обоснования их виновности и обеспечения привлечения к уголовной ответственности.*

¹ См.: *Чельцов М.А.* Уголовный процесс. М., 1948. С. 348.

² См.: *Строгович М.С.* Уголовное преследование в советском уголовном процессе. М., 1951. С. 65.

³ См.: *Соловьев А.Б.* Функция уголовного преследования в досудебных стадиях процесса // Прокуратура и правосудие в условиях судебно-правовой реформы. М., 1997. С. 144; *Якубович Н.А.* Процессуальные функции следователя // Проблемы предварительного следствия в уголовном судопроизводстве. М., 1980. С. 25.

⁴ См.: *Кан М.П.* Процессуальные функции прокурора в досудебных стадиях уголовного судопроизводства: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Ташкент, 1988. С. 96.

⁵ См.: *Козубенко Ю.В.* Уголовное преследование: опыт комплексного исследования. СПб., 2006.

⁶ *Королев Г.Н.* Прокурорское уголовное преследование в российском уголовном процесс. М., 2006. С. 46.

⁷ СЗ РФ. 2000. № 5, ст. 611.

⁸ *Разильдиев Б.Т.* Деяние, содержащие признаки преступления, и его уголовно-правовое значение // Государство и право. 1990. № 4. С. 67.

⁹ В УК РФ имеются составы, по признакам которых уголовное дело может быть возбуждено лишь при наличии данных о личности человека, совершившего противоправное деяние (например, для начала производства по уголовному делу о получении взятки материалы предварительной проверки должны содержать, помимо объективных признаков деяния, сведения о личности взякополучателя).

¹⁰ Следует отметить положительный момент подобного нововведения, гарантирующего потерпевшему реальный доступ к правосудию.

¹¹ *Ожегов С.И., Шведова Н.Ю.* Толковый словарь русского языка. М., 1999. С. 585.

¹² См.: *Козубенко Ю.В.* Уголовное преследование: деятельность по реализации норм права или одна из форм этой деятельности? // Правоведение. 2005. № 3. С. 110.

¹³ *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1958. С. 49.

¹⁴ *Козубенко Ю.В.* Уголовное преследование: опыт комплексного исследования. СПб., 2006. С. 20.

А.А. Кухта

К ВОПРОСУ О ЕДИНОМ И ДВОЙНОМ ПОНИМАНИИ ДОКАЗАТЕЛЬСТВА В НАУКЕ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

По вопросу о понятии «уголовно-процессуальное доказательство» ученое сообщество можно разделить на сторонников монистического и дуалистического (плюралистического) понимания доказательств.

В отечественной теории доказательств долгое время преобладал дуалистический взгляд на понятие «доказательство». Его сторонником был И.Я. Фойницкий, который писал: «Понятие доказательства... во-первых, означает средства, данные нам и служащие для того, чтобы при помощи их сделать заключение о неизвестном, искомом... Во-вторых, оно имеет значение самого умственного процесса, путем которого обстоятельство искомое ставится в связь с обстоятельством известным»¹.

По этому же поводу Н.Н. Полянский писал: «Слово “доказательство” многозначно, точнее, трехзначно, а именно: 1) процесс доказывания, 2) доказательственный факт (*factum probandi*), т. е. факт, который служит или может служить к удостоверению или установлению какого-либо события или положения (совокупность доказательственных фактов образует доказательственный по делу материал) и 3) источник, из которого черпается доказательственный материал (свидетельские показания, документы и т.п.). Доказательственные факты и источники, из которых они черпаются, составляют средства доказывания»².

© А.А. Кухта, 2009

Кандидат юридических наук, доцент, начальник Сибирского УВДт, полковник милиции.

По мнению П.И. Люблинского, с одной стороны, под словом «доказательство» понимается известное средство доказывания, укрепляющее нашу уверенность в истинности высказываемого суждения; с другой — тот источник, из которого мы черпаем факты, могущие служить доказательствами в первом смысле этого слова. С этой точки зрения мы говорим о вещественных доказательствах, о свидетельских показаниях, как доказательствах и пр.³

Наконец, необходимо привести классическое высказывание М.С. Строговича о том, что термин «доказательство» в уголовном процессе применяется в двух значениях: доказательство как источник получения следователем и судом сведений о том или ином факте; доказательство как самый факт, обстоятельство, из которого следствие и суд делают выводы о других фактах, подлежащих установлению по данному уголовному делу⁴. Доказательства — это, во-первых, те факты, на основе которых устанавливается преступление или его отсутствие, виновность или невиновность того или иного лица в его совершении и иные обстоятельства дела, от которых зависит степень ответственности этого лица. Доказательствами являются, во-вторых, те предусмотренные законом источники, из которых следствие и суд получают сведения об имеющих значение для дела фактах и посредством которых они эти факты устанавливают⁵.

М.С. Строгович таким образом в наиболее законченном виде сформулировал дуалистический взгляд на доказательство как сочетание факта и источника сведений. Нам кажется правильной именно такая трактовка доказательства. Однако она, по выражению В.А. Лазаревой, была подвергнута «суровой критике», основанной на по-новому истолкованных положениях теории отражения⁶. Критики указывали, что ни при расследовании, ни в суде не фигурируют объективно существующие и достоверные факты, которые могут быть использованы «в готовом виде» для установления предмета доказывания. Субъекты доказывания имеют дело лишь с отражением этих фактов в их сознании. Даже реальные факты, доступные непосредственному восприятию следователя, в материалах дела сохраняются лишь в виде сведений⁷. Поэтому доказательствами, по мнению ряда специалистов, должны являться не факты, познанные и процессуально закрепленные, а сведения о фактах, если они могут устанавливать или опровергать подлежащие доказыванию обстоятельства уголовного дела. Именно данная концепция получила наибольшее признание и распространение среди учёных.

Как отмечает В.А. Лазарева, критика понятия доказательства как факта была основана на ошибочном истолковании факта как самой объективной действительности, как явления материального мира, существующего независимо от нашего сознания. Понимаемые именно так факты, конечно же, не могут рассматриваться в качестве доказательств: они или не существуют в момент производства по делу или неизвестны суду, поэтому ими не могут быть обоснованы судебные решения. Однако если рассматривать факт в соответствии с его философским смыслом как познанную часть реальности, достоверное знание о ней, мысленный (идеальный) образ объективной действительности, то концепция «доказательство-факт» имеет полное право на существование⁸.

По этому поводу еще раньше И.И. Мухин писал, что сколько бы мы ни говорили о едином понятии доказательств, если в это понятие фактически будет вкладываться двойное значение, суть дела от этого не изменится. В понятие «доказательство» следует включать не только факты или фактические данные, но и те процессуальные источники, предусмотренные законом, из которых органы следствия и суд получают сведения о фактах, имеющих значение для дела⁹. Ему же принадлежит еще одно правильное, с нашей точки зрения, суждение: «Следовательно, достоверность тех или иных фактов или фактических данных как доказательств не существует сама по себе и может быть установлена в каждом отдельном случае в ходе предварительного расследования или судебного разбирательства только после тщательной проверки и оценки всех собранных доказательств в совокупности»¹⁰.

К сожалению, к настоящему времени в нашей науке доминирует позиция, согласно которой доказательство представляет собой неразрывное единство сведения и источника его получения относительно доказываемых фактов, обстоятельств. Доказательства — это знания о фактах реальной действительности¹¹. Мы не согласны с данной трактовкой, как минимум, по двум причинам. Во-первых, доказательство — это не просто сведения. Значит, нужна квалификация сведения как объективного, достоверного сведения. Именно на это указывает термин «факт». Не любое сведение, информация, а только факты могут быть доказательствами.

Вторая причина, по которой мы не можем согласиться с указанным подходом к определению доказательства, состоит в том, что доказательство не едино и подразумевает систему градаций (условно говоря, вызревания от неполного к полному доказательству), доказательства отличаются по силе убеждения, которая в них заложена, по степени надежности. По мнению В.А. Лазаревой, они могут пониматься и как сведения и как факты, потому что это соответствует диалектическому сочетанию в них субъективного и объективного элементов. Субъективность знания обусловлена его принадлежностью определенному субъекту, установки, стереотипы, интересы которого в той или иной степени сказываются на отражаемой им картине мира. Будучи многократно проверенными, сопоставленными с другими сведениями, знания приобретают характер достоверных, т. е. настолько верных, что перестают вызывать сомнения, что и делает правомерным их рассмотрение как фактов¹².

Доказательство — это факты. Но факт, в свою очередь, мы понимаем не как знание, готовое к использованию в качестве основания для мыслительного процесса, а как сам процесс. Факт следует трактовать в развитии: от получения эмпирических данных наблюдения, эксперимента, рассказа и до включения в систему уголовно-процессуального знания, которое формируется к моменту принятия решения по делу. Поэтому доказательство можно связывать с фактом в различных его состояниях относительно той или иной системы, в которой факт является элементом системы знания. Следовательно, доказательство имеет различные степени зрелости: от эмпирических данных в виде восприятия следов преступления, потом — исходного элемента аргумента, до, собственно говоря, судебного факта, т.е. имеющего сложную структуру знания, которое служит основанием для принятия судьей решения по делу. Однако завершенность этого знания, как мы понимаем, не является необратимой. Если вышестоящий суд поставит под сомнение обоснованность приговора, факты утрачивают (по крайней мере, отчасти) свою силу и требуется возобновление процесса по проверке и оценке источников доказательственных сведений в условиях состязательной интерпретации.

Источник сведений о доказательственном факте исследуется, проверяется сторонами и в результате устанавливается факт. Выведение из факта (скажем, показания свидетеля о каком-то обстоятельстве) вывода о доказываемом факте, который делает сторона, и есть довод. Довод — это предлагаемое стороной основание для судебного решения, значит это предпосылка для судебного решения.

Таким образом, доказательство в нашем понимании должно толковаться двояко: во-первых, как факт, когда оно используется в мыслительной деятельности, скажем при построении довода; во-вторых, как показание, документ или предмет, т.е. нечто, что характеризует практическую деятельность субъектов доказывания по работе с источниками: поиском их, извлечением из них информации, передачей, хранением и пр. Поэтому доказательства-источники (с содержащимися в них сведениями, которые можно прочитать) используются для получения фактов. Факт же — это полученные из источника сведения, экстрагированные, проверенные, в отношении которых действует презумпция их достоверности. Доказательство, на наш взгляд, не любое сведение, а факт — достоверное, объективное, и вместе с тем проинтерпретированное субъектами доказывания данное.

Доказательство должно быть определено как любой (относимый) факт, который определенным образом помогает в выведении заключений как благоприятным, так и неблагоприятным по отношению к некоторым гипотезам, чье доказывание или опровержение проводится.

Судебное доказательство есть данное, к которому приплюсованы его пред-интерпретация (как в УПК, так и в сознании субъектов доказывания) и пост-интерпретация (в ходе судебного разбирательства), принимаемое судом в контексте судебного заседания за наиболее вероятный образ действительности. Доказательство есть факт, а факт есть сведение, которое допускается участниками доказывания в качестве малой посылки довода. Иными словами, доказательства-факты составляют «корневую систему» аргументации субъекта доказывания, осуществляемую им в суде.

Необходимо констатировать, что при анализе неизбежно имеет место умножение смысловых вариантов термина «доказательство». Если раскладывать по вертикали, то мы выявляем досудебные доказательства, т.е. любые фактические данные, полученные сторонами, до представления их суду и судебному исследованию (включая, данные адвокатского расследо-

вания и данные, полученные в результате оперативно-розыскной деятельности) и судебные доказательства, т.е. доказательства, которые используются в суде для установления фактов по делу. Если раскладывать это понятие по горизонтали, то можно выявить в нем «факты» и «источники сведений, информации».

Поэтому мы предлагаем сформулировать ст. 74 УПК РФ в следующей редакции: «1. Доказательство — это факт, т.е. достоверное сведение, которое имеет значение для установления какого-либо из подлежащих доказыванию фактов. 2. Доказательства могут быть получены любым незапрещенным законом способом из показаний лиц, предметом и документов».

¹ См.: *Фойницкий И.Я.* Курс уголовного судопроизводства: в 2 т. СПб., 1912. Т. 2. С. 162–163.

² *Полянский Н.Н.* Вопросы доказательственного права в практике УКК Верховного суда РСФСР за 1926 г. // *Право и жизнь.* 1927. Кн. 1. С. 55.

³ См.: *Люблинский П.И.* Практический комментарий к УПК РСФСР. 2-е изд., испр. и доп. М., 1923. С. 3.

⁴ См.: *Строгович М.С.* Уголовный процесс. М., 1946. С. 120.

⁵ См.: *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 288–289.

⁶ См.: *Лазарева В.А.* Доказывание в уголовном процессе: учебно-практическое пособие. М., 2009. С. 153.

⁷ См., например: *Алексеев Н.С., Давев В.Г., Кокорев Л.Д.* Очерк развития науки советского уголовного процесса. Воронеж, 1980. С. 145; *Фаткуллин Ф.Н.* Общие проблемы процессуального доказывания. Казань, 1976. С. 113–114; *Кокорев Л.Д., Кузнецов Н.П.* Уголовный процесс: доказательства и доказывание. Воронеж, 1995. С. 23.

⁸ См.: *Лазарева В.А.* Указ. соч. С. 154.

⁹ *Мухин И.И.* Объективная истина и некоторые вопросы оценки судебных доказательств при осуществлении правосудия. Л., 1971. С. 58, 62, 64, 70.

¹⁰ Там же. С. 65.

¹¹ См.: *Горский Г.Ф., Кокорев Л.Д., Элькин П.С.* Проблемы доказательств в советском уголовном процессе. Воронеж, 1978. С. 95–103; *Доля Е.А.* Использование в доказывании результатов оперативно-розыскной деятельности. М., 1996. С. 27; *Лупинская П.А.* О понятии судебных доказательств // *Учен. зап. ВЮЗИ.* М., 1968. Вып. 71. С. 104; *Смыслов В.И.* Свидетель в советском уголовном процессе. М., 1973. С. 9; *Орлов Ю.К.* Структура судебного доказывания и понятие судебного доказательства / *Вопросы борьбы с преступностью.* М., 1978. Вып. 28. С. 96–98.

¹² *Лазарева В.А.* Указ. соч. С. 155.

М.Т. Аширбекова

О ТЕОРЕТИЧЕСКОЙ КОНСТРУКЦИИ ПРИНЦИПА ПУБЛИЧНОСТИ УГОЛОВНОГО ПРОЦЕССА

Известно, что с принятием УПК РФ произошла некоторая «ревизия» в отношении ряда основных и наиболее общих нормативных положений, относимых ранее к числу принципов уголовного процесса. В связи с этим и позиции ученых по вопросу включения принципа публичности в систему принципов уголовного процесса разделились. Так, одни авторы (А.С. Александров, А.Д. Бойков, Л.В. Головкин, Л.Н. Масленникова, В.Ю. Мельников, А.В. Смирнов, А.А. Тарасов) выделяют проблему публичности в числе концептуальных проблем реформенного уголовного процесса, признавая тем самым публичность в числе принципов уголовного судопроизводства¹. Другие (Н.И. Газетдинов, И.Б. Михайловская, Л.А. Моргачева, С.А. Насонов, Т.Ю. Ничепоренко, А.С. Тумашов²), исходя из того, что принцип публичности не получил нормативного закрепления в законе, не рассматривают публичность в качестве принципа современного уголовного процесса³.

Отсутствие в законе общей нормы, закрепляющей принцип публичности, думается, не отменяет публично-правовой природы уголовного судопроизводства. Кроме того, принципы права могут индуктивно выводиться из некоего множества норм⁴. «Принципы либо формулируются законодателем как отдельные нормы, либо существуют как “скрытые” (спрятанные) в конкретных нормах общие нормативные положения»⁵. Потому ученые-процессуалисты, исследовавшие принцип публичности, включали в его содержание как положения, не по-

© М.Т. Аширбекова, 2009

Кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой уголовно-правовых дисциплин Волжского института экономики, педагогики и права.

лучившие прямого закрепления в законе, так и конкретные положения, закрепленные в законе. В частности, в содержании принципа публичности традиционно выделяли: сочетание инициативы и активности в процессуальной деятельности должностных лиц и государственных органов⁶, должностную обязанность уполномоченных субъектов возбуждать уголовное преследование, осуществлять расследование и разрешение уголовного дела;⁷ обязанность должностных лиц и государственных органов исследовать все обстоятельства дела и обеспечивать охрану прав и законных интересов всех участвующих в деле лиц;⁸ требования, обязывающие должностные лица и органы, ведущие уголовный процесс, предпринимать по своему усмотрению процессуальные действия в пределах своей компетенции⁹; обязанность суда и органов уголовного преследования активно использовать свои властные полномочия, проявлять инициативу в своей деятельности¹⁰; требование активной правоприменительной деятельности¹¹; обязанность собирать и исследовать доказательства¹²; ответственность должностных лиц и государственных органов, ведущих процесс, за ход и результаты процессуальной деятельности¹³.

Все перечисленные положения могут быть отнесены и к содержанию принципа публичности, и к формам его проявления. Более того, перечень этих положений может быть продолжен, поскольку публичная природа уголовно-процессуального права дает такую возможность. Однако полагаем, что такой «панорамный» подход к определению содержания принципа публичности не приемлем. Теоретическая конструкция принципа не может быть представлена в виде перечисления всех возможных публично-правовых требований, устанавливаемых законом. Потому представляется важным выявить именно те сущностные элементы, которые, не дублируя друг друга, в системной совокупности наиболее полно определяют бы теоретическую конструкцию содержания принципа публичности.

Думается, что базой для объединения конкретных элементов в содержание принципа публичности, концептом их объединения должно служить понятие «правоприменение» в том смысле, что выделяемые в теории элементы, характеризующие принцип публичности, по сути, есть требования, предъявляемые, прежде всего, к качеству правоприменения. В этом плане выделение *активной правоприменительной деятельности* как элемента содержания принципа публичности¹⁴ продуктивно, поскольку позволяет взглянуть на содержание принципа публичности через призму правоприменения, выявить роль принципа публичности в организации применения норм материального закона и процессуального закона должностными лицами в ходе производства по уголовному делу.

Однако правоприменительная деятельность, думается, сама по себе не может быть элементом содержания принципа публичности, поскольку публичность — это характер и качество самой этой деятельности. Применение норм уголовного права и уголовно-процессуального права не обходится без властного начала, которое, по словам В.П. Божьева, есть проявление принципа публичности¹⁵. Однако «властность» не обнаруживает уровня качества осуществляемой правоприменительной деятельности, а характеризует официальную природу этой деятельности. Поскольку правоприменительная деятельность — деятельность уполномоченных субъектов, то характер и качество этой деятельности обеспечиваются требованиями, обращенными, прежде всего, к данным субъектам. Это требования *ex officio* — в силу служебного долга. Правоприменение состоит в определенной организационно-технической деятельности, которая может рассматриваться и как разновидность государственной деятельности (социального управления)¹⁶. Качество этой деятельности зависит от факторов, побуждающих субъектов данной деятельности активно, творчески организовывать применение норм материального и процессуального закона. Состояние правопорядка и законности в любой стране зависит не только от качества нормативной правовой системы и велений высшей государственной власти, но и от отношения к праву нижестоящих государственных служащих¹⁷.

Думается, что в содержание принципа публичности должны входить положения (как вытекающие из сути уголовно-процессуального права, так и непосредственно из содержания норм уголовно-процессуального закона), отражающие правоприменительную суть уголовно-процессуальной деятельности субъектов, ведущих процесс. Потому к элементам теоретической конструкции принципа публичности полагаем возможным отнести: а)

требование процессуально-должностной активности в деятельности субъектов, ведущих уголовный процесс; б) инструктивность как атрибут официальности действий субъектов, ведущих уголовный процесс; в) обязательность актов правоприменения — процессуальных решений, на вынесение которых уполномочены субъекты, ведущие уголовный процесс; г) признание юридической ответственности государства и деликтоспособности должностных лиц его органов как субъектов уголовно-процессуальных отношений за допущенные в ходе производства по уголовному делу нарушения прав и законных интересов участвующих в уголовном деле лиц.

Именно эти положения в конечном итоге отражают правоприменительную суть процессуальной деятельности субъектов, ведущих процесс, и определяют требования к ее качеству. Правоприменительная деятельность в общей теории права и в отраслевой юридической науке определяется как активная, организующая и направляющая деятельность субъектов, ведущих процесс¹⁸. Перечисленные положения как элементы содержания принципа публичности, в свою очередь, имеют формы проявления в каждой стадии уголовного процесса.

При этом следует отметить, что два первых положения (требование процессуально-должностной активности и инструктивность) традиционно включались учеными в содержание принципа публичности. Поэтому кратко остановимся на двух последующих положениях — обязательность процессуальных решений и признание юридической ответственности государства и деликтоспособность должностных лиц его органов как субъектов уголовно-процессуальных отношений.

Акты правоприменения выявляют правоприменительную суть уголовно-процессуального производства по уголовному делу, «вскрывают» властно-организующий, официальный характер деятельности субъектов, ведущих процесс, и отражают ее *результативность*, которая рассматривается как признак юридической процессуальной формы¹⁹. «Юридическое дело, принятое к официальному рассмотрению, не может закончиться “ничем”. Оно завершается юридически значимым результатом, правовым актом, порождающим, изменяющим, прекращающим правоотношения».²⁰

Публично-правовая природа ответственности государства и его органов совершенно обоснованно рассматривается в литературе в контексте выявления публичного начала уголовного судопроизводства²¹. Высказываются суждения, что *ответственность* государственных правоохранительных органов за обеспечение безопасности общества и их обязанность реагировать на каждый случай преступления возбуждением уголовных дел, принятием всех предусмотренных законом мер к установлению и наказанию виновных выражает принцип публичности²². Думается, что приведенное суждение может быть уточнено: ответственность не может входить в содержание принципа публичности, поскольку сама ответственность есть правоотношение, возникающее из правонарушения. В содержание принципа публичности, по нашему мнению, входит *деликтоспособность* должностного лица как субъекта уголовно-процессуальных правоотношений. Деликтоспособность — способность субъекта контролировать свою волю и свое поведение, отдавать отчет в своих действиях, осознавать их противоправность и нести юридическую ответственность²³. Равно и признание (установление) в законе юридической ответственности государства за действия его органов и должностных лиц этих органов является элементом содержания принципа публичности. *Наступившая* же правосстановительная ответственность государства и ответственность должностных лиц его органов выступает проявлением содержания принципа публичности, т.е. его элементов.

Если исходить из того, что принцип публичности, равно как и любой принцип, имеет свою конструкцию (структуру), то элементы этой конструкции получают свои формы выражения, что и принято определять как *проявления* принципа. Очевидно, в этом случае уместно исходить из категорий «явление», «сущность» и «содержание». Понятно, что формы проявления принципа отражают его сущность и его содержание. Однако «...если бы форма проявления и сущность вещей непосредственно совпадали, то всякая наука была бы излишней»²⁴. В то же время определение *сущности* имеет теоретическое и практическое значение, если за ним следует раскрытие содержания правового явления²⁵. Содержание принципа может быть

представлено как элементный ряд, т.е. как ряд определенных положений, которые в своей совокупности несут некоторую суть, т.е. определяют сущность принципа.

Исходя из предлагаемого элементного состава (теоретической конструкции) принципа публичности, полагаем возможным сформулировать следующее определение: *Принцип публичности — совокупность положений, устанавливающих требования процессуально-должностной активности и инструктивности в реализации субъектами, ведущими уголовный процесс, своих процессуальных полномочий и процессуальных обязанностей в целях достижения правильного применения закона; положений о властно-обязательном характере принимаемых ими процессуальных решений, а также о признании юридической ответственности государства и деликтоспособности должностных лиц его органов за допущенные в ходе производства по уголовному делу нарушения прав и законных интересов участвующих в уголовном деле лиц.*

¹ См.: Александров А.С. Принципы уголовного судопроизводства // Правоведение. 2003. № 5. С. 167; Головкин Л.В., Лотыш Т.А., Пентковский М.В. Пути совершенствования уголовно-процессуального законодательства в условиях судебно-правовой реформы (Обзор выступлений участников «круглого стола») // Вестник Московского университета. Сер. 11, Право. 2002. № 6. С. 102; Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. С. 358–239; Масленникова Л.Н. Публичное и диспозитивное начала в уголовном судопроизводстве: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2000. С. 51, 490; Мельников В.Ю. Обеспечение прав граждан в ходе досудебного производства. М., 2006. С. 37; Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Уголовный процесс. СПб., 2004. С. 471–472; Тарасов А.А. Развитие системы принципов уголовного процесса в новом Уголовно-процессуальном кодексе России // Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации: год правоприменения и преподавания. М., 2004. С. 71.

² См.: Газетдинов Н.И. Принципы уголовного судопроизводства и их система: Вопросы теории и практики. Казань, 2004. С. 23–30; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. / Отв. ред. И.Л. Петрухин. М., 2006. С. 64–93; Уголовный процесс России: учебное пособие / под ред. З.Ф. Ковриги, Н.И. Кузнецова. Воронеж, 2003. С. 33–35; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации: учебник / отв. ред. П.А. Лупинская. М., 2003. С. 174–214; Уголовно-процессуальное право Российской Федерации. М., 2003. С. 187; Уголовный процесс: учебник / под ред. С.А. Колосовича, Е.А. Зайцевой. Волгоград, 2002. С. 45–59.

³ Отметим, что и раньше, т.е. задолго до последней судебно-правовой реформы М.Л. Якуб высказывал мнение о том, что публичность не имеет самостоятельного значения принципа, поскольку поглощается принципом законности. См.: Якуб М.Л. Демократические основы советского уголовно-процессуального права: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1956. С. 19.

⁴ См.: Смирнов А.В., Калиновский К.Б. Указ. соч. С. 72.

⁵ Алексеев С.С. Проблемы теории права. Свердловск, 1972. Т. 1. С. 103–104.

⁶ См.: Добровольская Т.Н. Принципы советского уголовного процесса (вопросы теории и практики). М., 1971. С. 69.

⁷ См.: Чельцов М.А. Советский уголовный процесс. М., 1951. С. 81; Строгович М.С. Курс советского уголовного процесса. М., 1958. С. 81.

⁸ См.: Гальперин И.М. О принципе публичности (официальности) в советском уголовном процессе // Правоведение. 1960. № 2. С. 116.

⁹ См.: Шундинов В.Д. Принцип непосредственности при расследовании и рассмотрении уголовного дела. Саратов, 1974. С. 54–55.

¹⁰ См.: Бояринцев В.Н. Соотношение публичности и диспозитивности в советском судебном праве: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1987. С. 9.

¹¹ См.: Уголовный процесс / под ред. И.Л. Петрухина. М., 2001. С. 70.

¹² См.: Уголовный процесс / под общ. ред. П.А. Лупинской. М., 1995. С. 93–94.

¹³ См.: Шадрин В.С. Обеспечение прав личности при расследовании преступлений. Волгоград, 1997. С. 11; Масленникова Л.Н. Указ. соч. С. 490; Багаутдинов Ф.Н. Обеспечение публичных и личных интересов при расследовании преступлений. М., 2004. С. 148.

¹⁴ См.: Уголовный процесс / под ред. И.Л. Петрухина. С. 70.

¹⁵ См.: Божьев В.П. Уголовно-процессуальные отношения. М., 1973. С. 47–49.

¹⁶ См.: Алексеев С.С. Указ. соч. С. 210.

¹⁷ См.: Лейст О.Э. Сущность права. Проблемы теории и философии права. М., 2002. С. 132.

¹⁸ См.: Алексеев С.С. Указ. соч. С. 202–203; Элькин П.С. Сущность советского уголовно-процессуального права. Л., 1963. С. 139, 143–144.

¹⁹ См.: Борисов Г.А. Процессуально-правовая ответственность в современном законодательстве России // Журнал российского права. 2003. № 2. С. 70–75.

²⁰ Там же.

²¹ См.: Масленникова Л.Н. Указ. соч. С. 490.

²² См.: Шадрин В.С. Указ. соч. С. 11; Багаутдинов Ф.Н. Указ. соч. С. 148.

²³ См.: Марченко М.Н. Правонарушение // Общая теория государства и права. Академический курс: в 2 т. / под ред. М.Н. Марченко. Т. 2: Теория права. М., 1998. С. 581–582.

²⁴ Маркс К., Энгельс Ф. Соч. Т. 25. Ч. 2. С. 384.

²⁵ См.: Керимов Д.А. Методология права (предмет, функции, проблемы философии права). М., 2000. С. 170.

СТРУКТУРА МЕТОДИКИ ВЫЯВЛЕНИЯ, РАСКРЫТИЯ И ПРЕДУПРЕЖДЕНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ, ПРЕДУСМОТРЕННЫХ СТАТЬЕЙ 183 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И СТАТЬЕЙ 200 УГОЛОВНОГО КОДЕКСА РЕСПУБЛИКИ КАЗАХСТАН

Криминалистическая методика выявления, раскрытия и предупреждения преступлений (далее — «криминалистическая методика») представляет собой заключительный раздел науки, в котором на основе норм права осуществляется синтез всей криминалистически значимой информации с целью оптимизации деятельности следователя в досудебных стадиях уголовного процесса.

Структура типовой криминалистической методики на протяжении всей истории науки интерпретировалась учеными по-разному¹. В современных работах, посвященных методикам расследования преступлений, в качестве ее обязательных структурных элементов чаще всего выделяются криминалистическая характеристика преступлений, вопросы планирования расследования, тактики производства начальных и последующих следственных действий². Некоторые авторы пишут о заключительном (заключительных) этапе расследования³, который, на наш взгляд, не что иное, как окончание его последующего этапа.

В ряде работ на первый план поставлена юридическая квалификация⁴, или уголовно-правовая характеристика преступлений⁵. Некоторые ученые идут еще дальше и включают в структуру методики иную правовую информацию, а также другие сведения, имеющие методическое значение. Так, С.П. Щерба и П.Е. Власов предваряют уголовно-правовую и криминалистическую характеристики незаконных банкротств и неправомερных действий при банкротстве анализом вопросов правового регулирования процедуры банкротства⁶. В.И. Комиссаров и Е.С. Лапин относят к общей характеристике хищений, совершенных с использованием товарных кредитов, наряду с другими вопросами, экономико-криминалистический аспект товарно-кредитных отношений⁷.

Следует отметить, что подход ученых к изложению ориентирующих сведений об объекте исследования, не относящихся к криминалистической и иной юридической характеристике преступлений⁸, — перспективная тенденция развития криминалистической методики. В частности, специалисты в области криминалистической методики, исходя из объекта своего исследования, ранее изучали следующие вопросы: сущность и структуру материально-технического снабжения, особенности документооборота в этой сфере⁹; правовые основы и особенности научно-исследовательской и производственной деятельности, в т.ч. специфику документооборота¹⁰; систему, структуру и организацию финансово-хозяйственной деятельности на объектах физкультуры и спорта¹¹; характеристику системы нефтеснабжения и особенности учета движения горюче-смазочных материалов¹²; структуру и документооборот мясоперерабатывающих предприятий¹³ и т.д.

Такой комплексный исследовательский подход представляется достаточно обоснованным и необходимым в силу следующих причин:

- 1) в расследовании преступлений следователь использует не только правовую информацию, но и сведения о профессиональной деятельности, сопутствующей преступлениям (ее объектах, технологиях и др.);
- 2) профессиональная деятельность имеет специфику нормативной регламентации¹⁴;
- 3) в криминалистической методике в синтезированном виде применяются нормы уголовного и уголовно-процессуального права, а также иных отраслей права, в зависимости от правовых особенностей расследуемых преступлений;

© С.В. Лаврухин, 2009
Кандидат юридических наук, доцент кафедры методологии криминалистики Саратовской государственной академии права.

© А.С. Утешова, 2009
Старший преподаватель Евразийской Академии Республики Казахстан.

4) научная методика расследования преступлений представляет собой не «чисто» криминалистическую категорию, а междисциплинарную область исследований.

В связи с изложенным в необходимых случаях, в т.ч. и в отношении объекта нашего исследования — преступлений, связанных с незаконными сборанием, разглашением и использованием сведений, составляющих коммерческую, налоговую или банковскую тайну, корректнее вести речь об информационных основах криминалистической методики.

С информационными основами методики расследования преступлений тесно связаны ее программно-целевые основы, которые в литературе чаще всего обозначают термином «обстоятельства, подлежащие установлению». По этой проблеме мы полностью солидарны с М.В. Головиным: «Расследование, как специфический вид социальной деятельности, имеет определенную структуру, которая включает цели этой деятельности, субъекты и участники, средства достижения цели — следственные и иные действия — и условия их осуществления. В ряду этих структурных элементов большое значение принадлежит целям, как образующему и определяющему началу расследования»¹⁵.

Нельзя согласиться с теми авторами, которые относят к методике расследования преступлений вопросы выявления преступлений при возбуждении уголовных дел¹⁶, что приводит к слиянию в методике разных стадий досудебного производства — стадии возбуждения уголовного дела и стадии предварительного расследования, поскольку вопросы возбуждения уголовного дела включаются в процесс предварительного расследования¹⁷. Для того чтобы избежать этой уголовно-процессуальной ошибки, целесообразно разрабатывать методики выявления и расследования (а точнее раскрытия) преступлений. Иными словами, представляется правильной позиция тех авторов, которые разграничивают в методике вопросы возбуждения уголовного дела и начального этапа расследования.

В рамках начального этапа расследования довольно часто и совершенно верно исследуются проблемы взаимодействия следователя и сотрудников оперативно-розыскных подразделений органов внутренних дел, специалистов, экспертов и других субъектов, непосредственно участвующих в расследовании преступлений либо создающих для него необходимую информационную основу.

Криминалисты обычно не рассматривают в частных методиках расследования вопросы предупреждения преступлений, считая это, видимо, делом криминологов. Однако методы выявления типичных обстоятельств, способствующих преступлениям, должен разрабатывать криминалист, а не криминолог. Другая причина состоит в конструкции предмета доказывания по уголовному делу: в ч. 2 ст. 73 УПК РФ зафиксировано, что при производстве по уголовному делу подлежат выявлению (а значит и последующему доказыванию) «обстоятельства, способствовавшие совершению преступления». Как видно, в этой норме по существу ничего не говорится о предупреждении преступлений — устранении данных обстоятельств. В связи с этим ч. 2 ст. 73 УПК РФ предлагаем изложить в следующей редакции: «2. Подлежат выявлению и устранению также обстоятельства, способствовавшие совершению преступления».

Думается, что в наиболее полном виде типовая криминалистическая методика должна включать вопросы выявления, раскрытия и предупреждения преступлений отдельных категорий. Выявление преступления состоит в обнаружении его признаков по следам преступного деяния до возбуждения уголовного дела при производстве процессуальных и иных проверочных действий. В раскрытии преступления усматриваются два этапа: 1) выявление подозреваемого; 2) изобличение подозреваемого и обвиняемого системой доказательств по уголовному делу (доказывание его причастности к совершению преступления). Предупреждение преступления, как уже отмечалось, направлено на выявление и устранение обстоятельств, способствовавших его совершению.

Задачи выявления, раскрытия и предупреждения преступлений важно отразить в новой ч. 3 ст. 6 УПК РФ, которую целесообразно назвать «Назначение и задачи уголовного судопроизводства»¹⁸.

Большинство криминалистов считают, что раскрытие преступления — первый, начальный этап деятельности следователя по возбужденному уголовному делу; после выявления подозреваемого начинается собственно расследование преступления. С нашей точки зрения, и процессуальное выявление подозреваемого, и тем более изобличение подозреваемого и обвиняемого невозможны

без собирания, оценки и использования доказательств, которые, как известно, получают в ходе следственных действий и производства судебных экспертиз. Поэтому мы в основном разделяем мнение тех авторов, которые отождествляют процесс раскрытия преступления и его расследования¹⁹. Действительно, раскрытие преступления осуществляется в процессуальной форме расследования (В.В. Степанов). Однако «расследование преступления» — более широкое понятие, включающее, наряду с раскрытием, и предупреждение преступлений.

Ранее под раскрытием преступления законодатель понимал установление события преступления, лиц, виновных в его совершении, и их наказание (ст. 3 УПК РСФСР). Такая широкая интерпретация раскрытия преступления (на протяжении всего уголовного судопроизводства) побудила некоторых исследователей разграничить предварительное раскрытие преступлений (досудебное) и окончательное (после вступления в законную силу приговора суда)²⁰.

К предварительному раскрытию преступлений не относится установление события преступления как предпосылка выявления подозреваемого. Доказывая событие преступления, например, изымая следы в ходе осмотра места происшествия, следователь создает фактическую базу для изобличения подозреваемого и обвиняемого. Здесь уместно отметить, что многие уголовные дела прекращаются из-за того, что не установлено лицо, подлежащее привлечению в качестве обвиняемого (п. 1 ч. 1 ст. 208 УПК РФ). По таким делам следователями устанавливается факт совершения преступления, но они не раскрываются по причине невыявления преступника. Важно также подчеркнуть, что в настоящее время согласно статистической отчетности преступление считается раскрытым с момента окончания производства по уголовному делу — составления обвинительного заключения и направления уголовного дела в суд.

К сожалению, многие авторы пишут о раскрытии и расследовании преступлений²¹. С такой терминологией нельзя согласиться по причинам, изложенным выше. В ряду таких же терминологических погрешностей находится словосочетание «выявление и расследование преступлений», свидетельствующее о смешении задачи уголовного производства (выявление преступлений) и его досудебной стадии (предварительное расследование).

Итак, собирательный термин «расследование преступления» в наиболее полном содержании включает доказывание события преступления, выявление подозреваемого, его изобличение и предупреждение преступлений.

По многим уголовным делам лицо, совершившее преступление, известно с момента начала расследования, что существенно упрощает раскрытие преступлений. Выявление подозреваемого — наиболее сложный этап раскрытия преступлений, требующий комплексного применения оперативно-розыскных, следственных и экспертных методов поиска преступника. Этому этапу предшествует собирание исходной информации, после чего появляется возможность определить ситуационно обусловленные методы расследования. Одна из закономерностей раскрытия преступлений — ситуационность применения методов выявления подозреваемого. Расследование преступления осуществляется наилучшим образом, если оперативный работник или следователь правильно определит, с какой следственной ситуацией он имеет дело, и использует методику, наиболее подходящую к конкретному деянию. Отметим, что разработка теории раскрытия преступлений — актуальная задача криминалистических исследований, сформулированная еще А.А. Эйсмано и И.Ф. Герасимовым²².

На наш взгляд, каждая методика расследования призвана давать представление о криминалистических методах выявления и устранения типичных обстоятельств, способствующих совершению преступлений отдельной категории. Исключение из предмета криминалистической методики вопросов следственного предупреждения преступлений сузило бы служебные функции этого раздела науки и криминалистики в целом. Криминалистика своими приемами, методами и средствами должна способствовать реализации превентивной функции права²³.

Резюмируя изложенное, отметим, что в структуру типовой криминалистической методики расследования преступлений, предусмотренных ст. 183 УК РФ (ст. 200 УК Республики Казахстан), как междисциплинарной области юридических знаний целесообразно включить *информационный, программно-целевой, организационный и технологический компоненты*.

Информационный компонент в наиболее полном виде состоит из следующих элементов:

уголовно-правовые сведения о преступлениях и иная нормативная информация, относящаяся к ним (правовой элемент криминалистической методики);

криминалистическая характеристика преступлений²⁴ и связанной с ними деятельности преступника до и после совершения общественно опасного деяния;

информация, отражающая связи расследуемого преступления с иными криминальными деяниями, механизм преступной деятельности²⁵.

Таким образом, первый компонент включает систему используемой в методике правовой и иной криминалистически значимой информации о расследуемых преступлениях.

Программно-целевой компонент методики расследования преступлений — это обстоятельства, подлежащие процессуальному установлению по уголовному делу как система целей и задач уголовно-процессуальной деятельности следователя.

В рамках первого и второго компонентов криминалистической методики осуществляется комплексное исследование ее объекта в виде преступлений отдельной категории.

Организационные основы методики расследования преступлений образуют различные виды организации криминалистической деятельности следователя²⁶, в т.ч. его специализацию на расследовании преступлений отдельного вида или группы и различные формы взаимодействия с другими участниками уголовного процесса.

Первые три компонента служат введением в методику расследования, которое создает предпосылки для оптимального решения различных методических задач в рамках основного ее компонента. Собственно методику составляет ее *технологический компонент*, включающий следующие взаимосвязанные элементы:

выявление преступлений в стадии возбуждения уголовного дела;

планирование исходных следственных действий и гласных оперативно-розыскных мероприятий в типичных ситуациях расследования;

техничко-криминалистические, тактические и методические особенности производства исходных следственных действий;

дальнейшее планирование начального расследования в типичных следственных ситуациях;

аналогичные особенности производства запланированных следственных действий;

оперативно-розыскное обеспечение начального этапа расследования (производство гласных оперативно-розыскных мероприятий; технология легализации оперативной информации);

планирование и содержание последующего этапа расследования;

методы выявления и устранения типичных обстоятельств, способствующих совершению преступлений.

В заключение отметим, что предложенная структура криминалистической методики подходит для расследования большинства преступлений, особенно совершенных в сфере экономической деятельности.

¹ См., например: Криминалистика: учебник для юридических школ. 2-е изд. / под ред. Б.М. Шавера, А.И. Винберга. М., 1945; Криминалистика / под ред. С.П. Митричева и П.И. Тарасова-Родионова М., 1952. Ч. 2. С. 6–15; Колесниченко А.Н. Общие положения методики расследования отдельных видов преступлений: текст лекции. Харьков, 1976. С. 35; Васильев А.Н. Проблемы методики расследования отдельных видов преступлений. М., 1978. С. 34; Селиванов Н.А. Советская криминалистика: система понятий. М., 1982. С. 125; Возгрин И.А. Криминалистическая методика расследования преступлений. Минск, 1983. С. 205; Криминалистика: учебник для вузов / под ред. Л.Я. Драпкина, И.Ф. Герасимова. М., 1994. С. 329.

² См.: Яблоков Н.П. Криминалистика. М., 2002. С. 305–359; Шурухов Н.Г. Криминалистика: учебное пособие. М., 2005. С. 463–595; Шошин С.В. Расследование убийств. Ростов н/Д, 2007 и др.

³ См., например: Баев О.Я. Основы криминалистики: курс лекций. М., 2001. С. 223; Шошин С.В. Указ. соч. С. 277 и сл.

⁴ См., например: Руководство для следователей / под ред. Н.А. Селиванова, В.А. Снеткова. М., 1998. С. 411 и сл.

⁵ См., например: Комиссаров В.И., Лапин Е.С. Расследование хищений, совершенных с использованием товарных кредитов. М., 2001. С. 29–40; Расследование преступлений, совершаемых в сфере экономической деятельности: учебное пособие / под ред. Е.П. Фирсова. М., 2005. С. 40 и сл.

⁶ См., например: Щерба С.П., Власов П.Е. Расследование незаконных банкротств и неправомерных действий при банкротстве. М., 2005. С. 6–32.

⁷ См.: Комиссаров В.И., Лапин Е.С. Указ. соч. С. 11–29.

⁸ Некоторыми авторами четко разграничены криминологическая, уголовно-правовая и криминалистическая характеристики преступлений отдельных категорий. См., например: Кучеров И.И. Налоговые преступления: учебное пособие. М., 1997. С. 39–110.

⁹ См.: Ерохин А.А. Расследование хищений в системе материально-технического снабжения (по материалам УССР): дис. ... канд. юрид. наук. Киев, 1983.

- ¹⁰ См.: *Камоцкий А.Б.* Методика расследования хищений, совершаемых в научно-исследовательских и про-ектных организациях (по материалам УСССР): дис. ... канд. юрид. наук. Киев, 1988.
- ¹¹ См.: *Ильиных В.Л.* Тактические программы расследования хищений на объектах физкультуры и спорта / под ред. В.В. Степанова. Саратов, 1991. С. 15–26.
- ¹² См.: *Цымбалюк В.П.* Выявление и предупреждение хищений в сфере нефтеснабжения: дис. ... канд. юрид. наук. Киев, 1992.
- ¹³ См.: *Алферов В.Ю.* Основы выявления и расследования хищений на мясоперерабатывающих пред-приятиях. Саратов, 1997. С. 15–44.
- ¹⁴ См.: *Гамза В.А.* Проблемы криминалистического обеспечения безопасности коммерческого банка: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002. С. 24.
- ¹⁵ *Головин М.В.* Проблемы целеопределения в расследовании: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Красно-дар, 2003. С. 3.
- ¹⁶ См., например: *Журавлев С.Ю.* Расследование экономических преступлений. М., 2005. С. 32 и сл.; *Ионо-ва Е.В.* Расследование уклонения от прохождения военной и альтернативной гражданской службы. М., 2007. С. 49–55.
- ¹⁷ На ошибочность истолкования выявления преступлений в качестве этапа раскрытия либо расследования преступлений правильно обратил внимание В.В. Степанов. См.: *Степанов В.В.* Выявление преступлений — начальный этап борьбы с преступностью // Проблемы оптимизации первоначального этапа расследования преступлений: межвуз. сб. науч. тр. Свердловск, 1988. С. 26.
- ¹⁸ Иная формулировка задач расследования в ч. 3 ст. 6 УПК РФ предложена М.В. Головиным. См.: *Голо-вин М.В.* Указ. соч. С. 5.
- ¹⁹ См., например: *Жогин Н.В., Фаткуллин Ф.Н.* Предварительное следствие в советском уголовном про-цессе. М., 1965. С. 38; *Степанов В.В.* Выявление преступлений — начальный этап борьбы с преступностью // Проблемы оптимизации первоначального этапа расследования преступлений. С. 27–30.
- ²⁰ Подробнее об этом см.: *Степанов В.В.* Вопросы обнаружения и раскрытия преступлений // Теория и практика криминалистики и судебной экспертизы: межвуз. науч. сб. Саратовского гос. ун-та. Саратов, 1986. Вып. 5. С. 15–16.
- ²¹ См., например: *Карякин В.В., Махов В.Н.* Возбуждение уголовных дел о налоговых преступлениях. М., 2005. С. 9.
- ²² См.: Советская криминалистика. Теоретические проблемы. М., 1978. С. 51–57 (автор главы — А.А. Эйс-ман); *Герасимов И.Ф.* Проблемы общей теории раскрытия преступлений // Актуальные проблемы советской криминалистики. М., 1980. С. 28–31.
- ²³ См.: *Яблоков Н.П.* Криминалистическая методика расследования (некоторые теоретические положения). М., 1985. С. 34.
- ²⁴ В.А. Гамза справедливо считает криминалистическую характеристику преступлений информационной основой выявления, раскрытия и предупреждения преступлений. См.: *Гамза В.А.* Указ. соч. С. 10, 25–26.
- ²⁵ Механизм преступной деятельности — понятие, отражающее процесс совершения системы преступлений каким-либо лицом (группой лиц). Исследуемые преступления могут быть связаны со многими другими престу-плениями: против личности (доведение до самоубийства, побои, истязание, угроза убийством или причинением тяжкого вреда здоровью и т.д.); против собственности (кража, грабеж, разбой, мошенничество и др.); престу-плениями в сфере компьютерной информации; взяточничеством, коммерческим подкупом и др.
- ²⁶ Подробнее об организации расследования преступлений см.: *Можяева И.П., Степанов В.В.* Организационные основы деятельности следователя по раскрытию, расследованию и предупреждению преступлений. М., 2007.

А.Ф. Соколов

МОДЕРНИЗАЦИЯ ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПРОКУРОРА В ДОСУДЕБНОМ ПРОИЗВОДСТВЕ ПО УГОЛОВНЫМ ДЕЛАМ И ЕЕ ПОСЛЕДСТВИЯ

Федеральный закон от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ «О внесении изменений в Уголовно-процессуальный кодекс Российской Федерации и Федеральный закон “О прокуратуре Российской Федерации”»¹ и последующие нормативные правовые акты по-разному были восприняты научной общественностью и практическими работниками. Высказываются диаметрально противоположные мнения как относительно их значения для организации расследования пре-ступлений и прокурорского надзора, так и относительно эффективности данных видов деятель-ности. Так, например, А. Александров, С. Белов и А. Кухта считают реформу предварительного расследования проведенной, а систему реализации надзора за законностью ведения следствия со стороны прокуратуры громоздкой и неповоротливой, которая оставляет мало надежды на быстрое исправление ошибок, нарушений федерального законодательства².

© А.Ф. Соколов, 2009

Кандидат юридических наук, доцент, заведующий кафедрой правосудия и прокурорского надзора Сара-товской государственной академии права, Почетный работник прокуратуры РФ.

На ослабление прокуратуры, в т. ч. надзора за следствием, обращает внимание В. Джатиев, отмечая, что прокурора превратили в простого жалобщика, а следователей почему-то вывели из-под надзорного внимания прокурора³.

Другие авторы полагают, что реформы предварительного следствия не произошло⁴, а создание Следственного комитета при прокуратуре РФ знаменует собой новый этап в организации следственной работы как при прокуратуре РФ, так и в следственных органах при МВД, ФСБ и других правоохранительных органах РФ⁵.

Совершенно очевидно, что изменения в законодательстве в большей степени затронули полномочия прокурора. Процессуальный статус прокурора, как отмечает Н.А. Колоколов, пересмотрен настолько кардинально, что имеются все основания утверждать: в УПК РФ под прежним названием появилось абсолютно новое лицо⁶. При этом следует подчеркнуть, что создание Следственного комитета при прокуратуре РФ и коренное изменение полномочий прокурора – это взаимообусловленные процессы, являющиеся результатом концептуальной идеи разделения процессуальных функций предварительного следствия и прокурорского надзора за ним.

Реформа прокуратуры, которой посвящена ст.129 Конституции РФ, осуществляется в рамках Основного Закона. В этом смысле положено начало новой организации предварительного следствия в России, путем создания Следственного комитета при прокуратуре РФ, правовой основой которого является Федеральный закон о прокуратуре РФ. Поэтому Следственный комитет пусть не прямо, а косвенно можно отнести к государственным органам, имеющим наряду с прокуратурой и судом конституционное регулирование, чего нельзя сказать о других следственных органах.

Положительным моментом следует считать то обстоятельство, что Следственный комитет в соответствии с Законом о прокуратуре РФ⁷, хотя и состоит при прокуратуре, входит в систему прокуратуры РФ (ч.4 ст.11), является ее органом (п.1 ст.20.1.), а его работники – прокурорскими работниками (п.8 ст.20.1), в то же время независим от прокуратуры. Это следственный орган, аналога которому не было как в системе прокуратуры, так и в системе следственных органов России. Следственный комитет не относится ни к одной из ветвей власти, в отличие от следственных подразделений органов исполнительной власти МВД, ФСБ и ФСКН, а с другой — организационно и процессуально независим от прокуратуры. Организация уголовно-процессуальной деятельности является исключительной прерогативой Председателя Следственного комитета и руководителей следственных управлений и отделов, осуществляющих деятельность в пределах своей компетенции.

Следственный комитет отличается от следственных органов исполнительной власти более широким перечнем задач.

В соответствии с п.2 Положения о Следственном комитете при прокуратуре РФ задачи Следственного комитета сводятся к следующему: 1) разработка мер по формированию государственной политики в сфере исполнения законодательства РФ об уголовном судопроизводстве; 2) совершенствование нормативно-правового регулирования в установленной сфере деятельности; 3) обеспечение законности при производстве предварительного следствия и защиты прав и свобод человека и гражданина; 4) оперативное и качественное расследование преступлений в соответствии с подследственностью, установленной УПК РФ; 5) организация и осуществление в пределах своих полномочий международно-правового сотрудничества в сфере уголовного судопроизводства⁸.

В свою очередь, задачи, например органов предварительного следствия в системе МВД РФ, заключаются в следующем: 1) обеспечение в пределах своих полномочий исполнения законодательства РФ об уголовном судопроизводстве; 2) организационно-методическое руководство расследованием преступлений, подследственных следователям органов внутренних дел РФ⁹.

Некоторые схожие со Следственным комитетом задачи имеют МВД РФ, ФСБ РФ и ФСКН РФ с той лишь разницей, что каждый из них должен выполнять их в своей сфере деятельности. К таким задачам относятся разработка общей стратегии государственной политики и совершенствование нормативно-правового регулирования в установленной сфере деятельности. У следственных структур органов МВД РФ, ФСБ РФ и ФСКН РФ такие задачи отсутствуют.

Сравнительный анализ задач Следственного комитета, следственных органов исполнительной власти и самих органов, в структуре которых состоят следственные подразделения, дает основание сделать вывод, что разработчиками концепции разделения функций предварительного следствия и надзора за ним заранее планировалось не ограничиваться созданием нового следственного органа. Следственный комитет должен стать своего рода организатором формирования государственной политики в сфере исполнения законодательства РФ об уголовном судопроизводстве и координатором следственных органов в расследовании преступлений. В любом случае с реформированием прокуратуры и созданием Следственного комитета произошла не только модернизация полномочий прокурора по надзору за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия, но и положено начало для изменения организации предварительного следствия.

Было бы, по крайней мере, неразумно считать, что законодательное разделение функций предварительного следствия и надзора за ним лишено недостатков. Признавая в целом идею разделения прокурорского надзора и руководства следствием оправданной, в литературе называются недостатки в правовом регулировании досудебного производства по уголовным делам¹⁰. Это и естественно, учитывая качество принятия нашим законодательным органом законов, в особенности касающихся уголовно-процессуальной деятельности. Ясно одно, в условиях ныне действующей политической системы, многопартийности, когда еще продолжается передел собственности, сосредоточение неограниченной власти в одних руках по возбуждению уголовных дел и их прекращению, принятию решений о применении мер пресечения и других решений, ограничивающих конституционные права граждан, осуществлению в полной мере уголовного преследования в досудебном производстве и в суде нецелесообразно, т. к. ведет к злоупотреблениям со стороны должностных лиц. На различного рода нарушения со стороны прокурорских работников обращал внимание Генеральный прокурор РФ Юрий Чайка. В частности, он подчеркнул, что никакой политической мотивации в действиях надзорного органа быть не должно, в прокуратуре ведется целенаправленная работа против тех, кто пытается использовать служебное положение в корыстных целях и предупредил прокуроров, что будет безжалостно избавляться от подчиненных, пытающихся использовать данную им власть в интересах коммерческих структур¹¹.

Возникает вопрос: повлекло ли разделение процессуальных функций улучшение или ухудшение качества расследования преступлений? Улучшился или ухудшился прокурорский надзор за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия? Представляется, что расследование преступлений и прокурорский надзор остались на прежнем уровне. Другого и быть не должно за такой сравнительно короткий отрезок времени. Объективности ради следует отметить увеличение количественных показателей прокурорского реагирования на законность возбуждения уголовных дел, отказа в возбуждении, возвращении дел для производства дополнительного следствия¹². Однако такая статистическая активность обусловлена не улучшением надзорной деятельности, а, в первую очередь, отдельными фактами противостояния между работниками Следственного комитета и прокуратуры, а также оценкой работы прокурора в досудебном производстве по количественным показателям прокурорского реагирования.

Вместе с тем можно говорить о наметившейся тенденции для улучшения надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия. Разделение функций предварительного следствия и надзора за ним ориентируют прокурора более эффективно осуществлять надзорную деятельность в досудебном производстве, т. к. от следствия предварительного напрямую зависит результат следствия судебного, где прокурор поддерживает обвинение. В досудебном производстве появился надзирающий прокурор, который, например, может объективно оценить поступившее в суд ходатайство следователя о применении меры пресечения заключение под стражу или ее продление, производстве следственных действий, требующих судебного решения.

В практике прокурорского надзора Саратовской области имеют место отдельные случаи, когда прокурор обоснованно не соглашался с решением следователя о применении меры пресечения заключение под стражу лицу, обвиняемому в совершении особо тяжкого преступления (ч. 4 ст.111 УК РФ), и суд поддерживал мнение прокурора. Такого в принципе не могло быть

до вступления в силу Федерального закона от 5 июня 2007 г. № 87-ФЗ даже тогда, когда со стороны органов расследования было допущено грубейшее нарушение закона. Так, например, при продлении срока содержания под стражей свыше шести месяцев А., обвиняемому в совершении преступления, предусмотренного ч.1 ст.105 УК РФ, в суде было установлено, что постановление следователя о продлении срока содержания под стражей было подписано первым заместителем прокурора области, который таким правом не наделен. Согласно ч.2 ст.109 УПК РФ, действовавшей на тот момент, правом дачи согласия на продление срока свыше 6 месяцев был наделен прокурор субъекта РФ. Несмотря на это нарушение, участвующий в досудебном правосудии прокурор отстаивал решение следователя, а суд продлил срок содержания под стражей свыше 6 месяцев¹³. После судебного разбирательства по существу обвинения и нахождения под стражей гражданина А. 11 месяцев уголовное преследование против него было прекращено.

Можно говорить, что сегодняшняя процедура участия прокурора в досудебном правосудии не соответствует принципу состязательности, т. к. состязание осуществляют участники процесса со стороны обвинения. С другой стороны, прокурор призван осуществлять надзор от имени государства и добиваться устранения нарушений закона, от кого бы эти нарушения не исходили. В силу своего процессуального положения и полномочий, предоставленных прокурору, он может и обязан это делать.

К недостаткам ныне действующего уголовно-процессуального законодательства следует отнести недостаточную степень законодательной регламентации обязанности следователя по своевременному предоставлению прокурору необходимых решений и материалов, их подтверждающих. Было бы целесообразно законодателю более детально изучить регламентацию обязанностей прокурора и следователя по Уставу уголовного судопроизводства 1864 г., где в деятельности прокурора четко прослеживался метод постоянного наблюдения за следствием. И хотя прокуроры на тот момент состояли при судах, прокурорский надзор не был превращен в придаток судебной власти и имел собственное содержание. Нормы, регламентирующие обязанности следователя по взаимодействию с прокурором, носили более императивный характер, предоставляя прокурору более широкие полномочия, и подчеркивали независимость следователя. Так, в соответствии с Уставом¹⁴ прокуроры и их товарищи имели право присутствовать при всех следственных действиях и рассматривать на месте подлинное производство, не останавливая, однако, хода следствия (ст.280). По всем предметам, относящимся к исследованию преступления и к собиранию доказательств, судебный следователь исполняет законные требования прокурора или его товарища с отметкой в протоколах, какие именно меры приняты по его требованию (ст.281).

Недостатки детализации в УПК РФ надзорной деятельности прокурора в досудебном производстве компенсируются приказом Генерального прокурора РФ от 6 сентября 2007 г. № 136 «Об организации надзора за процессуальной деятельностью органов предварительного следствия», который призван обеспечить единый подход к осуществлению прокурорского надзора. Однако он не может восполнить пробелы правового регулирования в силу его обязательности для исполнения органами прокуратуры (ч.1 ст.17, ст.30 Закона о прокуратуре), но не следствия.

С модернизацией прокуратуры еще более остро обозначилась проблема кадрового обеспечения. Фактически нарушается преемственность в освоении различных видов прокурорской деятельности. Ранее большинство будущих прокуроров осваивали следственную работу, начиная трудовую деятельность в прокуратуре следователями. Новое поколение прокуроров и их помощников в большинстве своем будут лишены возможности испытать себя на следственной работе.

Существующий ныне порядок принятия лиц на должности прокуроров да и следователей не способствует формированию органов прокуратуры и следствия высокопрофессиональными кадрами. Закон о прокуратуре допускает назначение на должности прокуроров и следователей Следственного комитета лиц, еще обучающихся в высших учебных заведениях (ст.40-1 УПК). Получается абсурдная ситуация, когда на службу «государеву» принимается лицо, еще не имеющее достаточных теоретических навыков. Уже давно пора на законодательном уровне предусмотреть квалификационный экзамен, как это делается в отношении кандидатов на

должности судей и даже адвокатов, чтобы отобрать из десятков тысяч юристов, ежегодно заканчивающих высшие образовательные юридические учреждения, на работу в органы прокуратуры и Следственного комитета.

Таким образом, воплощение в практику концептуальной идеи разделения функций предварительного следствия и надзора за ним нуждается в устранении на законодательном уровне имеющихся недостатков в целях повышения эффективности прокурорского надзора и качества расследования уголовных дел.

¹ См.: СЗ РФ. 2007. № 24, ст. 2830.

² См.: Александров А., Белов С., Кухта А. реформа предварительного расследования // Уголовное право. 2007. № 5. С. 66–70.

³ См.: Джатиев В. Зачем России прокуратура? // Законность. 2008. № 8. С. 30–32.

⁴ См.: Божьев В. Процессуальное руководство производством предварительного следствия // Уголовное право. 2008. № 3. С. 65–69.

⁵ См.: Бобырев В.В., Ефимичев С.П., Ефимичев П.С. Изменения в УПК РФ и полномочия прокурора // Вестник Академии Генеральной прокуратуры РФ. 2008. № 1. С. 9.

⁶ См.: Колоколов Н.А. Не ограничится ли реформа предварительного следствия очередной сменой руководства? // Уголовное судопроизводство. 2007. № 4. С. 2–14.

⁷ См.: Федеральный закон от 17 января 1992 г. № 2202-1 «О прокуратуре Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 17 ноября 1995 г. № 168-ФЗ (с изм. от 5 июня 2007 г.)) // Российская газета. 2007. 8 июня.

⁸ См.: Указ Президента РФ от 1 августа 2007 г. № 1004 «Вопросы Следственного комитета при прокуратуре Российской Федерации» // СЗ РФ. 2007. № 32, ст. 4122.

⁹ См.: Положение об органах предварительного следствия в системе МВД РФ (утв. Указом Президента РФ от 23 ноября 1998 г. № 1422) (с изм. на 29 декабря 2005 г.) // СЗ РФ. 1998. № 48, ст. 5923.

¹⁰ См.: Халиулин А.Г. Правовое регулирование досудебного производства по уголовным делам нуждается в исправлении системных ошибок // Законы России. 2008. № 11. С. 3–8.

¹¹ См.: Юрий Чайка остается вне политики // Российская газета. 2007. 3 февр.

¹² Данные прокурорского реагирования за первое полугодие 2008 г. приводятся А.Г. Халиулиным. См.: Халиулин А.Г. Указ. соч. С. 6.

¹³ См.: Архив Ленинского районного суда г. Саратова за 2005 год. Дело № 11471.

¹⁴ См.: Российское законодательство X–XX веков: в 9 т. / под ред. О.И. Чистякова. Том 8: Судебная реформа. М., 1991. С. 148.

Е.А. Ефремов

РЕАЛИЗАЦИЯ ПРАВ ПОТЕРПЕВШЕГО В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Потерпевший — физическое лицо, которому преступлением причинен физический, имущественный и моральный вред, а также юридическое лицо в случае причинения преступлением вреда имуществу и деловой репутации. Его становление как участника уголовного судопроизводства обусловлено вынесением дознавателем, следователем или судом постановления о признании лица потерпевшим (ч. 1 ст. 42 УПК РФ). Фактические основания к вынесению постановления о признании гражданина или юридического лица потерпевшим — это наличие в уголовном деле доказательств, указывающих на причинение вреда преступлением. О признании гражданина потерпевшим суд выносит определение, а судья, следователь, лицо, проводящее допрос, — постановление. Закон не связывает признание потерпевшего с желанием или согласием лица, понесшего вред от преступления. По делам в преступлениях, последствием которых является смерть потерпевшего, права потерпевшего, предусмотренные ст. 42 УПК РФ, переходят к одному из близких родственников (ч. 9 ст. 42 УПК РФ).

Основной функцией уголовного преследования должно быть удовлетворение запросов и охрана интересов потерпевшего на всех стадиях уголовного процесса. Однако до настоящего времени в государстве нет механизмов по полному возмещению вреда потерпевшему от преступления. Потерпевшему должно обеспечиваться государством возмещение имущественного

© Е.А. Ефремов, 2009

Кандидат юридических наук, преподаватель кафедры уголовного права и процесса Волжского гуманитарного института (филиала) Волгоградского государственного университета.

вреда, морального вреда, размер которого определяется судом при рассмотрении уголовного дела или в порядке гражданского судопроизводства.

Анализ практики показывает, что отдельные категории граждан не защищены государством надлежащим образом. В частности, в случае гибели гражданина возмещение вреда не будет или же будет мизерным. Сегодня по числу убийств Российская Федерация опережает некоторые западные страны. Современная политическая ситуация свидетельствует о том, что подвергается опасности жизнь не только взрослых, но и детей (захват заложников, террористические акты). В случае террористического акта получить компенсацию вреда практически невозможно.

В настоящее время расчет морального вреда законодательством не урегулирован. Государство, защищая частные интересы, не может игнорировать мнение их носителя, субъекта, потерпевшего от преступления. Согласно Конституции РФ права и свободы человека признаются высшей ценностью (ст. 2). Признание, соблюдение, защита прав и свобод человека и гражданина — обязанность государства. Права потерпевших от преступлений должны охраняться Законом. Государство обязано обеспечить потерпевшему доступ к правосудию и компенсацию причиненного ущерба (ст. 52 Конституции РФ).

Действующее российское законодательство сформировано без учета требований Конституции РФ и интересов потерпевшего. В УПК РФ не указывается принцип обеспечения государством компенсации потерпевшему причиненного ущерба. Законодатель не акцентирует внимание на приоритете в уголовном процессе прав потерпевшего.

Назначение уголовного наказания виновному лицу зачастую не отвечает интересам потерпевшего. В потерпевшем суд не желает видеть субъекта, способного отстоять свои права, а законодатель не желает наделять потерпевшего правом определения объема наказания. Потерпевший лишен права иметь защитника — адвоката бесплатно. Закон дал право свидетелю являться на допрос с адвокатом, не наделив аналогичными правами потерпевшего (ч. 5 ст. 89 УПК РФ). Законодатель полагает, что интересы потерпевшего находятся под защитой следователя, дознавателя в ходе предварительного расследования или прокурора в судебном заседании.

И как результат, защита потерпевшего превращается в трудно разрешимую проблему. Итоги работы правоохранительной системы характеризуются показателями о раскрываемости преступлений. Согласно официальной статистике раскрываемость преступлений остается низкой, растет латентная преступность. В демократическом правовом государстве определяющим признаком в уголовном судопроизводстве выступает принцип законности. Режим законности базируется на неотвратимости ответственности и воплощается в жизнь в процессе раскрытия преступлений. Значение раскрываемости преступлений крайне велико. Это не только возмещение вреда потерпевшему, но и фактор, влияющий на рецидивную преступность, криминальную зараженность в обществе.

Раскрытие преступления влечет неотвратимость ответственности. Государство должно повысить эффективность деятельности правоохранительных органов по установлению виновных в совершенном преступлении, обеспечить неотвратимость ответственности, компенсировать причиненный вред потерпевшему.

УПК РФ (ст. 20) предусматривает 3 вида уголовного преследования: публичное, частно-публичное и частное. Уголовные дела частного обвинения возбуждаются судом не иначе, как по заявлению потерпевшего или его законного представителя. При этом в соответствии с требованиями закона в заявлении должны быть указаны данные о лице, привлекаемом к уголовной ответственности, иначе судья при несоблюдении этого правила отказывается в принятии заявления. Соответственно, если потерпевший не знает, кто совершил преступление, то он фактически лишен права обратиться в суд за защитой своих прав. В таких случаях бесполезно и обращение потерпевшего к прокурору, следователю, дознавателю, т. к. закон не обязывает их принимать меры к раскрытию подобных преступлений. В этом случае предусматривается возможность отправить заявителя в суд. Таким образом, отсутствие в законе нормы, предписывающей обязанность этих органов возбуждать уголовные дела частного обвинения и принимать меры, направленные на обеспечение привлечения виновного лица к уголовной ответственности, приводит в итоге к исключению возможности получения потерпевшим защиты своих прав и законных интересов со стороны государства. На это обратил внимание Конституционный Суд, признавший существующее положение не соответствующим Конституции РФ (постановление от 27 июня 2005 г. № 7-П).

Потерпевший при нынешней законодательной регламентации не всегда может рассчитывать на восстановление по суду его нарушенных прав, особенно имущественных. Немало случаев, когда причиненный потерпевшему вред полностью не возмещается из-за того, что виновный не имеет для этого средств. Реальное возмещение вреда нередко растягивается на долгие годы. Иногда преступление остается нераскрытым, в связи с чем потерпевший даже не знает, к кому предъявить иск. Не лучше и его положение тогда, когда преступник, личность которого установлена, скрылся, а компетентные органы не могут его разыскать. Чтобы в этих случаях интересы потерпевшего не оказались беззащитными, целесообразно установить обязанность государства компенсировать потерпевшему причинение ему имущественного ущерба с последующим возмещением с виновного выплаченных сумм. Установление такой обязанности государства вполне соответствует характеру отношений, складывающихся между государством и личностью. Государство полностью взяло на себя заботу о поддержании правопорядка и обеспечение безопасности каждого гражданина. Из этого логически следует, что устранение последствий преступления, в т. ч. путем возмещения причиненного вреда, также должно стать обязанностью государства, коль скоро органы и должностные лица оказались не в состоянии предотвратить преступление.

Такой порядок в разных формах применяется во многих зарубежных странах. Представляется, что введение у нас подобной меры вполне отвечало бы сущности правового государства, в котором интересы личности гармонически должны сочетаться с интересами всего общества, а забота о всемирной охране прав и законных интересов гарантирована Конституцией РФ, международными правовыми актами (Конвенция о защите прав человека и основных свобод, которая была ратифицирована 5 мая 1998 г.).

Резолюция 77(27) Комитета Министров Совета Европы «О компенсации потерпевшим от преступления» (18 сентября 1977 г.). Рекомендация № R (85)11 Комитета министров Совета Европы «О положении потерпевшего в рамках уголовного права и процесса» содержат напоминание государствам — членам Европы о том, что основной функцией уголовного преследования должны быть удовлетворение запросов и охрана интересов потерпевшего, учет его запросов на всех стадиях уголовного процесса. Потерпевший должен быть информирован об оказании ему практических и юридических консультаций, получать информацию о результатах расследования, компенсации от преступника. В случае организованной преступности потерпевший, его семья должны получать эффективную защиту от запугивания и возмездия преступника. По соображениям справедливости и социальной солидарности государства должны работать над ситуациями, в которые попадают потерпевшие, получившие тяжелые телесные повреждения, когда есть иждивенцы погибших от преступления, особенно когда преступник не установлен или не обладает необходимыми средствами для возмещения вреда. В этих случаях рекомендуется содействовать исследованиям эффективности законодательства в отношении потерпевших, поощрять такие исследования, делать пожертвования для компенсации вреда потерпевшему либо в рамках системы социального обеспечения, либо путем обращения к страхованию. Компенсационные схемы могут предусматривать максимальные и минимальные размеры компенсации на основании заранее установленной шкалы или оценки в процентах. Компенсация должна быть максимально полной и справедливой.

Принцип полного возмещения вреда потерпевшему, закрепленный в Конституции РФ и в нормах Уголовного, Гражданского законодательства, не исполняется должным образом. В процессе исполнительного производства 50 % решений суда о возмещении вреда не исполняются. На это обратил внимание в своем докладе Президент РФ Д.А. Медведев на VII съезде судей 2 декабря 2008 г.

В связи с этим целесообразно внести в УПК РФ изменения, дающие потерпевшему право: 1) на бесплатную юридическую помощь с момента вынесения постановления о возбуждении уголовного дела; 2) принимать решение в определении объема обвинения в избрании меры пресечения в отношении обвиняемого; 3) регламентировать сумму компенсации морального и физического вреда потерпевшему; 4) возложить обязанность на дознавателя, следователя, органы дознания возбуждение уголовных дел частного обвинения, принимать меры к раскрытию преступлений и установлению виновного лица.

О НЕКОТОРЫХ ПРОБЛЕМАХ, СВЯЗАННЫХ С НАЗНАЧЕНИЕМ НОВЫХ ВИДОВ ЭКСПЕРТИЗ В РОССИЙСКОМ УГОЛОВНОМ ПРОЦЕССЕ

Как известно из истории криминалистики, производство экспертизы при расследовании преступлений (включая судебное следствие) осуществляется более 100 лет. Первыми были криминалистические (трасологическая, баллистическая, почерковедческая, технического исследования документов) и судебно-медицинские экспертизы. Возникновение новых видов преступлений и новых методов борьбы с ними, развитие науки и техники вызвали к жизни появление иных классов, родов, видов, подвидов экспертиз. В последние 2–3 десятилетия, например, появились: экспертизы по исследованию материалов, веществ, изделий (род криминалистической экспертизы), новый класс — искусствоведческие экспертизы¹.

Несомненно, что возникновение каждого класса (рода, вида, подвида) экспертиз начинается с эпизодического проведения. Когда экспертиза докажет закономерный (систематический), неслучайный характер ее использования, начинается развитие ее как научно-практической области знаний: образуется практический (эмпирический) материал; создаются теоретические обоснования данного класса (рода и т.д.) экспертизы, определяются предмет, объект, задачи; разрабатываются методики исследования. И только следственная и судебная практика определяют необходимость тех или иных научно-технических (технических, искусствоведческих) исследований, необходимых для установления обстоятельств, имеющих значение для установления истины в уголовном процессе².

Тенденция возникновения новых экспертиз «имеет место быть». Каковы же условия, при которых назначаются экспертизы? По сложившемуся положению общими для производства всех классов (видов) экспертиз таковыми является наличие предмета экспертизы, объекта (ов), фактического, юридического, дополнительного оснований для назначения экспертизы, методического обеспечения экспертизы, наличие исполнителя экспертных исследований.

К предмету экспертизы относятся факты, обстоятельства (фактические данные), устанавливаемые посредством экспертизы³. К объектам согласно ст. 10 Федерального закона от 31 мая 2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации», относятся: вещественные доказательства, документы, предметы, животные, живые лица, трупы и их части, образцы для сравнительного исследования, материалы дела, по которому производится экспертиза. Фактическое основание назначения экспертизы — потребность в специальных знаниях в области науки, техники, искусства, ремесла⁴. Юридическое основание экспертизы являются постановление следователя и определение суда о согласии с ходатайством следователя о назначении судебно-медицинской или судебно-психиатрической экспертизы в отношении подозреваемого (обвиняемого) путем помещения в медицинский или психиатрический стационар, на досудебной стадии, а также определение суда на стадии судебного разбирательства. Для экспертов, которые состоят в штате экспертных учреждений, дополнительным основанием служит поручение (письменное распоряжение) руководителя экспертного учреждения (его структурного подразделения)⁵. Методическим обеспечением экспертизы является наличие методик производства того или иного вида экспертизы как результата научно-исследовательской разработки⁶. Исполнителями экспертизы выступают: экспертное учреждение (непосредственный исполнитель — эксперт) либо лицо, обладающее специальными знаниями в определенной области, не состоящее в штате экспертного учреждения, привлеченное для производства экспертизы лицом, ведущим предварительное расследование или судом. При наличии вышеобозначенных условий имеются основания для внедрения, в частности в уголовное судопроизводство, новых видов экспертиз, и как результат их производства — увеличение количества заключений экспертов — важнейших источников доказательств. В свою очередь, это порождает увеличение количества показаний экспертов, впервые закрепленного в УПК РФ нового источника доказательств — показаний

© Л.М. Цимбал, 2009

Старший преподаватель кафедры методологии криминалистики Саратовской государственной академии права.

эксперта. О важности экспертиз говорит тот факт, что судебная экспертиза является наиболее квалифицированной формой использования специальных познаний, в частности, в уголовном судопроизводстве значительно расширяет познавательные возможности следствия и суда, позволяя использовать в ходе расследования и судебного рассмотрения уголовных дел весь арсенал современных научно-технических средств⁷.

Несомненно, качественно проведенная экспертиза основательно «цементирует» доказательственную базу. Расширение перечня проводимых в уголовном судопроизводстве экспертиз, по нашему мнению, должно повысить раскрываемость преступлений. Однако такое положение, на наш взгляд, порождает следующие проблемы. Во-первых, с внедрением новых видов экспертиз возникает проблема, связанная с отнесением области (отрасли) специальных знаний (потребность в которых возникает) к законодательно предписанным областям человеческой деятельности: науки, искусства, техники, ремесла (согласно ст. 2 вышеуказанного Закона определяющей задачей судебно-экспертной деятельности). Во-вторых, повышается вероятность возникновения ситуаций, когда эксперт будет вынужден выйти за пределы своих полномочий, решая правовые вопросы, т.е. вторгаясь в сферу полномочий следователя и суда: Федеральный закон от 31 мая 2001 г. «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации» в ст. 8 предписывает эксперту проводить исследования в рамках своей специальности. Данная ситуация может сложиться по вине лица, назначающего экспертизу: в этом случае повышается вероятность постановки перед экспертом правовых вопросов. В-третьих, необходимо дополнительное время для поиска специалиста в соответствующей области. Ошибка в выборе специалиста (вероятность ее возрастает) порождает основание для отвода эксперта по причине его некомпетентности (недостаточной компетентности. — *Л.Ц.*) согласно п. 3 ч. 2 ст. 70 УПК РФ. Это произойдет уже после того, как эксперт проведет исследования и составит заключение, что экономически нецелесообразно для экспертного учреждения (или штатного специалиста), да и время для получения доказательств путем проведения альтернативного(ых) следственного действия будет упущено, что послужит причиной снижения качества расследования.

А теперь рассмотрим перспективу внедрения в уголовное судопроизводство нового вида экспертизы на примере разработанной в 2001 г. Е.С. Лапиным судебно-религиоведческой экспертизы. И хотя уже имеется практика назначения и производства этой экспертизы в уголовном процессе, нас интересует правомерность «культивирования» судебно-религиоведческой экспертизы. Е.С. Лапин указывает на необходимость проведения такой экспертизы при расследовании преступлений, предусмотренных ст. 239 УК РФ «Организация объединения, посягающего на личность и права граждан». Им определены предмет, объект, основная задача, исполнители экспертизы. Предметом судебно-религиоведческой экспертизы являются:

а) определение религиозного характера объединения на основании учредительных документов, сведений об основах его вероучения и соответствующей ему практики (история возникновения данной религии, объединения, формы и методы его деятельности, отношение руководства и членов этого объединения к семье и браку, к образованию, особенности отношения к здоровью последователей данной религии, ограничения для членов и служителей данного объединения в отношении их гражданских прав и обязанностей и т.д.);

б) проверка и оценка достоверности сведений, содержащихся в имеющихся у религиозного объединения основах вероучения и иных документах;

в) выяснение иных, возникающих при расследовании вопросов, связанных с религиозной деятельностью объединения, требующих экспертной оценки (к примеру, вопросы о том, какое содержание несет собой тот или иной предмет религиозного культа или теологическая оценка соответствия представленного на экспертизу религиозного сочинения положениям соответствующей мировой религии)⁸.

Перечень определенных Е.С. Лапиным объектов, направляемых на экспертизу, не противоречит указанному Закону: предметы и документы, касающиеся деятельности религиозного объединения, материалы уголовного дела. Фактическое же основание одного из обозначенных условий назначения экспертизы, по нашему мнению, отсутствует, в силу того, что область религии (религиоведения, теологии, теософии) нельзя отнести ни к одной из четырех вышеперечисленных сфер человеческой деятельности: *dura lex, sed lex* (суров закон, но закон)⁹. Понятия «наука», «техника», «искусство», «ремесло», насколько позволяет установить наш кругозор, не

являются правовыми. Даже Федеральный закон от 23 августа 1996 г. «О науке и государственной научно-технической политике» не раскрывает значение термина «наука». Обратимся к справочной литературе. Наука — сфера человеческой деятельности, функция которой — выработка и теоретическая систематизация объективных знаний о действительности; одна из форм общественного сознания; включающая в себя как деятельность по получению нового знания, по нашему мнению так и ее результат — сумму знаний, лежащих в основе научной картины мира; обозначение отдельных отраслей научного знания. Непосредственные цели — описание, объяснение и предсказание процессов и явлений действительности, составляющих предмет ее изучения, на основе открываемых ею законов. Система наук условно делится на естественные, общественные, гуманитарные и технические¹⁰. Религия, по-видимому, не отвечает критериям науки: эти понятия традиционно разводились еще в советский период. Можно ли отнести религию к области искусства? Обратимся к тому же авторитетному источнику. Искусство: 1) художественное творчество в целом — литература, архитектура, скульптура, живопись, графика, декоративно-прикладное искусство, музыка, танец, театр, кино и другие разновидности человеческой деятельности, объединяемые в качестве художественно-образных форм освоения мира¹¹. Понятие «религия» по содержанию, видимо, ближе к понятию «искусство». Сравним эти понятия, снова воспользовавшись БЭС. Религия (от лат. religio — набожность, святыня, предмет культа) — мировоззрение и мироощущение, а также соответствующее поведение и специфические действия (культ), основанные на вере в существование Бога или богов, сверхъестественного¹². Однако с понятием «искусство» понятие «религия» совпадает лишь в части создания Святых писаний как литературных источников-носителей мировоззрения и мироощущения. Однако в литературе (художественной), как известно, свои законы, идущие вразрез с религией, включающей в себя не только Святые писания. Понятие «творчество» все же стоит за рамками религии, основополагающее начало которой «вера», поклонение сверхъестественному. Что касается двух последних сфер человеческой деятельности, то несовместимость их с религией очевидна и без обращения к справочной литературе. К какой все же области относится «религия» далее рассматривать не будем ввиду нецелесообразности этого: данное понятие не относится ни к одной из закрепленных в известном Законе областей деятельности.

В связи с отсутствием фактического основания производства судебно-религиоведческой экспертизы, отпадает вопрос и об оставшихся двух других основаниях: юридическом и дополнительном (хотя они формально всегда могут быть в наличии). Что касается методического обеспечения, не может быть, в принципе, разработанной наукой методики проведения подобной экспертизы, т. е. методика проведения экспертизы есть, ведь экспертизы проводятся, но это не плод научной разработки, а поэтому результаты экспертизы (заключение) могут легко подвергаться сомнению со стороны лица, назначившего такую экспертизу, со стороны заинтересованных лиц. По поводу исполнителей судебно-религиоведческой экспертизы у нас вопросов не возникает: Е.С. Лапин предлагает привлекать ученых-религиоведов из вузов и религиозных организаций и специалистов в области государственно-церковных отношений (с условием, что у всех экспертов имеется высшее религиозное образование).

Не вызывает вопросов и определение Е.С. Лапиным основной задачи судебно-религиоведческой экспертизы, вытекающей из предмета экспертизы, — установление достоверности сведений относительно основ вероучения данного религиозного объединения и соответствующей ему практики.

Как следует из диспозиции ст. 239 УК РФ, преступным является не сам факт создания какого-либо объединения (в т. ч. религиозного), а действия насильственного характера (уголовному праву известно два вида насилия: психическое, например, угроза здоровью, и физическое, например, побои) над гражданами или иным причинением вреда их здоровью. Также в диспозицию статьи входит «побуждение граждан к отказу от исполнения гражданских обязанностей или к совершению иных противоправных деяний, а равно руководство таким объединением». УК РФ в ч. 2 ст. 239 предусматривает ответственность за участие в деятельности таких объединений, а равно пропаганду деяний, предусмотренных ч. 1 указанной статьи. Для квалификации деяний, доказывания и выявления обстоятельств, предусмотренных ст. 73 УПК РФ, по-видимому, нет потребности в каких-либо неправовых специальных знаниях. Что касается проверки законности создания религиозного объединения, то об этом уже «позаботилось» Правительство

РФ, приняв 3 июня 1998 г. постановление «О порядке проведения государственной религиозно-ведческой экспертизы» (с изм. от 30 декабря 2005 г.) по поручению регистрирующего органа при государственной регистрации религиозной организации. Основные задачи экспертизы, проводимой при регистрации, в основном совпадают с обстоятельствами, входящими в предмет судебно-религиоведческой экспертизы, рекомендуемой Е.С. Лапиным. Эти задачи решаются экспертными советами на стадии регистрации религиозной организации, причем, согласно п. 5 Порядка проведения экспертизы (утвержденного вышеуказанным постановлением) с участием специалистов в области религиоведения, представителей религиозных организаций, которых Е.С. Лапин отнес к исполнителям судебно-религиоведческой экспертизы.

Е.В. Ионова предлагает проводить судебно-религиоведческую экспертизу в рамках расследования другого вида преступления — уклонения от прохождения военной и альтернативной гражданской службы (ст. 328 УК РФ)¹³. Основной задачей указанной экспертизы она считает установление достоверности сведений о вероисповедании призывником религии, противоречащей несению военной службы¹⁴, и предлагает расширить предмет судебно-религиоведческой экспертизы:

а) установление факта вероисповедания призывником какой-либо религии на основе собеседования с ним;

б) удостоверение антивоенного характера данной формы общественного сознания;

Ею предлагаются объекты для экспертного исследования:

1) религиозные убеждения, религиозная литература;

2) материалы аналогичного толка, хранящиеся на аудионосителях, видеоносителях, цифровых носителях; предметы религиозного назначения, пакет документов, удостоверяющий существование какой-либо организации или общества, которое объединяет лиц, разделяющих религиозные антивоенные взгляды (если подозреваемый заявляет о своем членстве в нем); протоколы следственных действий, необходимые эксперту для разрешения поставленной задачи (протоколы допросов, обысков, осмотров и т. д.).

Е.В. Ионова предлагает также направлять на экспертизу копии документов, собранных военным комиссариатом по факту рассмотрения заявления призывника о замене военной службы по призыву альтернативной гражданской службой. В качестве экспертов предлагается привлекать лиц, обладающих специальными знаниями в области религиоведения, философии, психологии и истории (кроме представителя конкретной религиозной организации)¹⁵.

Мы не разделяем мнение Е.В. Ионовой о том, что убеждения, пусть и религиозные, могут относиться к объектам какой-либо экспертизы. Это противоречит ст. 10 Закона «О государственной судебно-экспертной деятельности в Российской Федерации», где в качестве объектов исследований фигурируют только материальные образования. Многолетняя практика производства других видов экспертиз подтверждает это.

Е.В. Ионова не обозначает также фактическое основание для назначения судебно-религиоведческой экспертизы: не определена ни одна из областей специальных знаний, потребность в которых возникает при назначении экспертизы согласно той же ст. 2 указанного Закона. Как нами установлено ранее, этого основания у судебно-религиоведческой экспертизы нет, как не может быть (повторимся) и методического обеспечения. Что касается исполнителя данной экспертизы, то для разрешения вопросов, включенных Е.В. Ионовой в предмет экспертизы, по нашему мнению, нужен специалист именно в области религиоведения (мы согласились с мнением Е.С. Лапина), исключая специалистов из трех других областей. Е.В. Ионова, на наш взгляд, верно исключила из числа специалистов представителя конкретной религиозной организации (мы не исключаем из этого числа лиц, имеющих высшее религиозное образование) во избежание возникновения обстоятельств, способных повлечь отвод эксперта согласно ст. 70 УПК РФ.

В установлении истины в уголовном процессе одну из главных ролей играют специалисты, обладающие знаниями, не являющимися общедоступными: сложно получить соответствующее образование во многих отраслях знания, не хватит целой жизни ни следователю, ни судье. Поэтому, без специалистов не обойтись. Однако не следует, на наш взгляд, лицу, производящему предварительное расследование (подавляющее большинство экспертиз, несомненно, производится именно на этой стадии уголовного процесса), ограничивать свой интеллектуальный кругозор, полагаясь во многом на специалистов.

Проведенным анализом перспективы внедрения новой для российского уголовного судопроизводства судебно-религиоведческой экспертизы мы пытались показать, что не каждый новый вид (класс, род) экспертизы имеет право на существование (применение): необходимо наличие для всех условий, а если таковых нет или недостаточно, их необходимо сначала создать, а уже потом внедрять ту или иную экспертизу в судопроизводство.

Как представляется, следовательно, прокурор, судья и другие должностные лица, назначающие экспертизы в уголовном судопроизводстве и оценивающие их результаты, должны по возможности иметь широкий интеллектуальный кругозор, обладать знаниями не только в различных отраслях права уголовного цикла, но и ориентироваться (иметь минимальные знания) из неправовых наук. Это повысит качество оценки наиважнейшего источника доказательств — заключения эксперта.

В законодательстве не зафиксировано, что лицо, обладающее специальными знаниями в интересующих судопроизводство областях, обязано иметь соответствующий диплом, свидетельство, аттестат. Процессуально обязательное назначение судебной экспертизы по уголовному делу согласно ст. 196 УПК РФ предусмотрено всего в 5 случаях. О качестве проведенного предварительного расследования (в т. ч. игнорирование услуг специалистов) можно судить, конечно же, по результатам рассмотрения дела в суде (а судебного следствия — в кассационной и надзорной инстанциях), но ведь следователь, в силу специфики своей работы, испытывает известный криминалистической науке тактический риск при принятии решения о производстве даже отдельного следственного действия, например, при проведении задержания, обыска (не говоря уже обо всем периоде расследования преступления). Не исключение в этом смысле и назначение экспертизы. Однако необходимость назначения того или иного вида экспертизы должна быть доказана. Произвольное, необдуманное назначение экспертизы не должно допускаться, т. к. ее проведение может существенно затронуть права и интересы граждан, а в некоторых случаях и ограничить их.

¹ См.: *Аверьянова Т.В., Белкин Р.С., Корухов Ю.Г., Россинская Е.Р.* Криминалистика: учебник для вузов / под ред. Р.С. Белкина. М., 2004. С. 427.

² См.: Там же. С. 427.

³ См.: *Шляхов А.Р.* Судебная экспертиза: организация и проведение. М., 1979. С. 7; *Галкин В.М.* Средства доказывания в уголовном процессе. М., 1968. Ч. II. С. 42.

⁴ См.: *Галкин В.М.* Указ. соч. С. 8.

⁵ См.: *Орлов Ю.К.* Производство экспертизы в уголовном процессе. М., 1982. С. 8.

⁶ См.: Там же. С. 67.

⁷ См.: Там же. С. 3.

⁸ См.: *Лалин Е.С.* Судебно-религиоведческая экспертиза // Российская юстиция. 2001. № 5. С. 59; *Иванов А.Н., Лалин Е.С.* Криминалистика. Основные положения: учебно-справочное пособие. Саратов, 2006. С. 370–372.

⁹ См.: *Бабичев Н.Т., Боровский Я.М.* Словарь латинских крылатых слов / под ред. Я.В. Боровского. М., 1999. С. 173.

¹⁰ См.: Большой энциклопедический словарь. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1998. С. 787.

¹¹ См.: Там же. С. 463.

¹² См.: Там же. С. 1009.

¹³ См.: *Ионова Е.В.* Расследование уклонения от прохождения военной и альтернативной гражданской службы. М., 2007. С. 122.

¹⁴ См.: Там же. С. 123.

¹⁵ См.: Там же.

Н.А. Финогенов

ИСПОЛЬЗОВАНИЕ ДАННЫХ ПСИХОЛОГИИ И ЛИНГВИСТИКИ В ДЕЯТЕЛЬНОСТИ ПО ФИКСАЦИИ ВЕРБАЛЬНОЙ ИНФОРМАЦИИ

Отличительной особенностью криминалистики как науки и учебной дисциплины является ее связь с большим количеством других наук: гуманитарных, естественных, технических. Такая связь объясняется интеграцией их достижений в ее содержание, что положительным

© Н.А. Финогенов, 2009

Преподаватель кафедры криминалистического обеспечения расследования преступлений Саратовской государственной академии права.

образом влияет на постоянно растущие возможности криминалистики в деле борьбы с преступностью.

Среди таких наук, играющих важную роль в раскрытии, расследовании и предупреждении преступлений, можно выделить психологию и лингвистику, своими знаниями внесших существенный вклад в разработку одного из криминалистических учений — учение о фиксации доказательственной информации. В его рамках представляет интерес анализ использования достижений данных наук в процессе фиксации вербальной информации.

В основе любого рода человеческой деятельности лежат особенности психологии индивида, ее осуществляющего. Эти особенности оказывают влияние на все элементы, составляющие содержание конкретной деятельности. Естественно, что осуществление раскрытия, расследования и предупреждения преступлений не может обходиться без учета психологии ее участников, поскольку между ними происходит обмен различными видами информации, имеющей значение для расследуемого события.

В этой связи особый интерес представляют процессы восприятия, переработки и отражения вербальной информации, используемой при расследовании уголовных дел, влияние на них психологических факторов.

Предварительное расследование представляет собой познавательную деятельность уполномоченных лиц, в структуре которой важное место занимают психические процессы¹. Среди них особая роль принадлежит восприятию.

В русском языке восприятие определяется как «непосредственное чувственное отражение действительности в сознании, способность воспринимать, различать и усваивать явления внешнего мира»².

В психологии восприятие толкуется как понятие, отражающее сущность процесса формирования субъективного образа целостного предмета, основываясь на активных действиях индивида и непосредственном его воздействии на анализаторы³.

Существуют различные основания классификации видов восприятия: в зависимости от целенаправленности (непроизвольное и произвольное), по модальности рецепторов (зрительное, слуховое и осязательное), в соответствии со спецификой объекта отражения (восприятие художественных произведений, речи и т.д.).

Говоря о закономерностях восприятия вербальной информации участниками уголовного судопроизводства, следует отметить, что они могут различаться в зависимости от преследуемой цели. Так, восприятие свидетелем вербальной информации при совершении преступления может быть как непроизвольным, так и целенаправленным. Восприятие же ее следователем, в силу его процессуального положения, чаще всего является целенаправленным.

Серьезная проблема, могущая существенно повлиять на ход расследования, — наличие у лица часто встречающегося расстройства восприятия⁴, что, безусловно, отрицательно сказывается на получении вербальной доказательственной информации.

Успешная работа с получаемой в ходе расследования вербальной информацией невозможна без комплексного учета психологических факторов, характеризующих различия психологии граждан.

Еще в конце XIX в. Г. Гросс отмечал: «Если мы желаем восстановить событие преступления по свидетельским показаниям, то мы обыкновенно добиваемся того, чтобы свидетель передавал нам исключительно свои чувственные восприятия, а выводы предоставлял делать нам. Но при этом мы делаем ту большую ошибку, что принимаем его личные впечатления как нечто бесспорное, т.е. рассматриваем его показание как совершенно соответствующее действительности, — при условии, конечно, если мы не имеем данных сомневаться в искренности его слов»⁵.

К сожалению, такое положение вещей существует и в настоящее время, когда психологии восприятия, переработки и отражения участниками уголовного судопроизводства различного рода информации, в т. ч. вербальной, не уделяется должного внимания⁶.

В этой связи особенно важна и психологически сложна задача установления истинности сообщений, дифференциации неточной, неполной, искаженной, ошибочной и ложной информации. Искажения могут быть продуктом заведомой лжи или результатом добросовестного заблуждения, чаще в сообщении содержатся моменты истины и моменты ошибочности или

лживости. Истинные сообщения могут содержать элементы добросовестного заблуждения и ошибки в виде, например, расчленения целостного события на независимые части; ошибочного объединения не связанных между собой фактов; преувеличения (или, напротив, преуменьшения) реальных размеров, длительностей, интенсивности проявлений чего-то; наделения (или, наоборот, устранения, изъятия, пропусков) событий, объектов с мнимыми, не свойственными им признаками, чертами, особенностями; перестановки, замещения реальных объектов, признаков, свойств, событий другими, смещения их по времени или переноса в другое место.

На процесс фиксации вербальной информации могут оказывать влияние факторы субъективного характера, к которым относятся личностные качества лица, осуществляющего расследование, а также личностные качества других участников уголовного судопроизводства, и, в первую очередь, подозреваемого, обвиняемого.

К важнейшим личностным качествам лица, осуществляющего расследование, можно отнести следующие:

- профессионально-психологическая ориентированность личности следователя;

- психологическая устойчивость, умение владеть собой в сложных ситуациях;

- развитые коммуникативные качества, умение быстро устанавливать контакт с различными категориями людей;

- способность оказывать психологическое воздействие при решении различного рода следственных и оперативных задач;

- профессиональные качества: наблюдательность и внимательность, развитая память, творческое воображение;

- развитые логическое мышление, интуиция, склонность к напряженной умственной работе, сообразительность и др.

В отношении подозреваемого, обвиняемого необходимо отметить, что данные лица:

- зачастую имеют опыт общения с работниками правоохранительных органов;

- могут иметь достаточно серьезную юридическую подготовку, в т. ч. в области уголовного судопроизводства;

- могут иметь установку на введение следствия в заблуждение как при помощи дачи ложных показаний, так и путем сокрытия правды;

- способны влиять (самостоятельно или через посредников) на участников предварительного расследования;

- осознают серьезность совершенного преступного деяния и стараются любыми путями избежать наказания, при этом присутствует крайне скептическое отношение к даче чистосердечного признания и др.

Знания лингвистики также внесли существенный вклад, который заключается в применении в этой области накопленных данных о языковых и речевых средствах, в разработку научных основ фиксации вербальной информации.

В русском языке термин «язык» имеет несколько значений: «1. Система звуковых, словарных и грамматических средств, объективирующая работу мышления и являющаяся орудием общения, обмена мыслями и взаимного понимания людей в обществе. 2. Совокупность средств выражения в словесном творчестве, основанных на общенародной звуковой, словарной и грамматической системе, стиль. 3. Речь, способность говорить. 4. Система знаков (звуков, сигналов и т.п.), передающих информацию. 5. То, что выражает, объясняет собой что-нибудь (о предметах и явлениях)»⁷.

Являясь феноменом человеческой цивилизации, язык выполняет в обществе ряд функций, важнейшие из которых — коммуникативная и информационно-трансляционная. Другими словами язык необходим для приема и передачи вербальной информации между отдельными людьми.

Значительная роль отводится языку в уголовно-процессуальном доказывании, где он представляет собой один из принципов уголовного судопроизводства (ст. 18 УПК РФ).

Трудно не согласиться с мнением А.В. Победкина о значении использования возможностей языковых средств для целей расследования: «Язык, являющийся единственным средством передачи вербальной информации — сложнейшее социальное образование... Научные до-

стижения в области языка, конечно, должны использоваться в любых областях человеческой деятельности, поскольку язык является основным средством общения в современном мире. В области уголовного судопроизводства правильное использование достижений наук о языке представляется особенно значимым⁸.

Существенное значение для фиксации вербальной информации имеет термин «речь». Он определяется следующим образом: «1. Способность говорить, говорение. 2. Разновидность, стиль языка. 3. Звучащий язык. 4. Разговор, беседа. 5. Публичное выступление»⁹.

Следует отметить, что ни одно из приведенных определений термина «речь» не способно напрямую служить целям и задачам уголовного процесса и криминалистики. Это связано с тем, что в данных науках взгляды на понятие «речь» имеют сугубо свои теоретический и практический аспекты. Они заключаются в том, что в них, как правило, речь рассматривается в качестве средства, предназначенного для осуществления участниками уголовного судопроизводства операций с возникающей в ходе расследования информацией.

И.В. Заяц пишет: «Рассмотрение речи как средства передачи, получения и фиксации информации предполагает поиск ответов на ряд вопросов: как протекает процесс порождения и восприятия речи; какие лингвистические и экстралингвистические факторы влияют на выбор языковых средств; на каком этапе кодирования и декодирования информации происходит искажение в большей степени; что такое речевой этикет и нужно ли его соблюдать; какие речевые маркеры свидетельствуют о ложности даваемых показаний; как при фиксации показаний записать самое важное, сохранив при этом «авторство» показаний; как в экстремальных условиях обеспечить полноту фиксации данных; как через речь контролировать правильность понимания сказанного собеседником»¹⁰.

Язык и речь — главные инструменты в следственной работе, которая представляет собой систему сложных взаимоотношений и взаимодействий следователя с участвующими в деле лицами. Как познавательная, так и удостоверительная стороны расследования неразрывно связаны с использованием речи в основных ее формах: устной и письменной. Устность уголовного процесса сочетается с фиксацией в письменном виде полученных данных, с обязательным документированием хода и результатов расследования. Отсюда вытекает необходимость для следователя безупречного знания языка, на котором ведется судопроизводство, и высокого совершенства владения речью¹¹.

Таким образом, краткий анализ возможности использования данных психологии и лингвистики при расследовании преступлений позволяет прийти к выводу о том, что в настоящее время, с учетом последних достижений в этой области знаний, сложились все предпосылки к тому, чтобы широко и эффективно использовать потенциал этих наук для реализации поставленных задач в ходе фиксации вербальной информации органами, уполномоченными на осуществление деятельности по раскрытию, расследованию и предупреждению преступлений.

¹ О содержании познавательных психических процессов см.: *Еникеев М.И.* Юридическая психология. С основами общей и социальной психологии: учебник для вузов. 2-е изд., перераб. М., 2006. С. 54–128.

² *Ожегов С.И.* Словарь русского языка / под ред. Н.Ю. Шведовой. 18-е изд., стер. М., 1986. С. 85.

³ См.: Большая психологическая энциклопедия. М., 2007. С. 95.

⁴ Подробнее об этом см.: *Спасенников Б., Спасенников С., Мишина Ю.* Расстройства восприятия в судебной и следственной практике // Уголовное право. 2008. № 1. С. 118–121.

⁵ *Гросс Г.* Руководство для судебных следователей как система криминалистики. Новое изд., перепеч. с изд. 1908 г. М., 2002. С. 80.

⁶ Примером может служить частое игнорирование следователем выполнения криминалистической рекомендации по фиксации показаний несовершеннолетнего (малолетнего) допрашиваемого лица при помощи технических способов (аудио-, видеозаписи), поскольку особенности психологии такого участника уголовного судопроизводства существенным образом влияют на качество даваемых им показаний и в этом случае используемое техническое устройство может способствовать повышению такого качества.

⁷ *Ожегов С.И.* Указ. соч. С. 794.

⁸ *Победкин А.В.* Теория и методология использования вербальной информации в уголовно-процессуальном доказывании: дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2005. С. 41–42.

⁹ *Ожегов С.И.* Указ. соч. С. 590.

¹⁰ *Заяц И.В.* Использование лингвистических познаний при расследовании преступлений: дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2000. С. 21–22.

¹¹ См.: *Ратинов А.Р.* Судебная психология для следователей. М., 2001. С. 116–117.

СУЩНОСТЬ СПЕЦИАЛЬНЫХ ЗНАНИЙ И ВОЗМОЖНОСТИ ИХ ИСПОЛЬЗОВАНИЯ В УГОЛОВНОМ СУДОПРОИЗВОДСТВЕ

Определение сущности специальных знаний в уголовном судопроизводстве требует, прежде всего, четкости законодательных формулировок. В предшествующем законодательстве (УПК РСФСР) наряду с понятием «специальные знания» употреблялось и понятие «специальные познания». В связи с этим в теории продолжительное время дискутировался вопрос о соотношении указанных понятий¹ и эта дискуссия возобновилась после того, как в УПК РФ, казалось бы, остановившемся на понятии «специальные знания», в связи с изменениями и дополнениями, внесенными в ст.80, вновь появилась категория «специальные познания».

Материалистическая философия достаточно четко разделяет такие категории, как «познание» и «знание». Как представляется, основания такой дифференциации приемлемы и в уголовно-процессуальной сфере. Познание — это процесс творческой деятельности людей, в результате которой формируется знание об окружающей действительности. Соответственно знание есть продукт такой творческой деятельности, результат познания².

В УПК РСФСР под специальными познаниями понималась совокупность определенных знаний, выступающих как результат деятельности людей, следовательно, уместнее было говорить о специальных знаниях, т. к. речь шла не о процессе познания, а уже о накопленных знаниях. Анализ действующего законодательства также приводит к выводу о том, что УПК РФ, говоря о специальных познаниях (ч. 4 ст. 80), подразумевает наличие у лица знаний. При этом не имеется в виду процесс их получения и вполне обоснованным представляется мнение тех авторов, которые считают более приемлемым употребление в уголовно-процессуальном законодательстве термина «специальные знания»³.

Специальные знания характеризуются рядом признаков, отличающих их от знаний как таковых и от других видов знаний в частности. Ныне в теории уголовного процесса нет какого-то единого подхода к толкованию рассматриваемого понятия. Однако признак, фиксирующий принципиальное отличие специальных знаний, сформулированный в работах А.А. Эйсмана — это «знания не общеизвестные, не общедоступные, не имеющие массового распространения ...знания которыми обладает ограниченный круг специалистов»⁴, воспроизводится в определениях, даваемых многими авторами⁵.

Л.Г. Шапиро выделяет три основных направления, существующих при определении понятия «специальные знания»⁶. Узкая трактовка специальных знаний — это их понимание как совокупности сведений, полученных в результате профессиональной специальной подготовки, что создает для их обладателя возможность решения некоторых вопросов в какой-либо области; причем данные вопросы процессуально оформляются постановлением о назначении экспертизы, а ответы на них — соответственно заключением эксперта⁷.

При расширительном понимании специальных знаний последние определяются как не являющиеся общедоступными и общеизвестными, они гораздо шире и глубже знаний других лиц в аналогичных областях. Однако, как справедливо отмечено, критерием (определенным законом) для привлечения специалиста и эксперта к участию в производстве по уголовному делу является не глубина знаний соответствующего лица, а факт наличия у него специальных знаний⁸.

Третье, и, как представляется, наиболее продуктивное направление в определении специальных знаний связано с рассмотрением их внутренней структуры. По своей сущности и структуре они включают компоненты мышления и поведения. Прежде всего, это «собственно знания», полученные в специальном учебном заведении. Поэтому важнейшим критерием определения специальных знаний, на наш взгляд, является наличие специального образования, т. к. этот признак позволяет наиболее полно определить границу специальных знаний в конкретный промежуток времени. Специальные знания приобретаются в результате специальной профессиональной подготовки и создают для их обладателя возможность решения вопросов

© М.Б. Ахмедова, 2009

Адвокат Адвокатской палаты Саратовской области, соискатель кафедры уголовно-процессуального права Саратовского юридического института МВД России.

в какой-либо области; они должны быть профессиональны, отвечать принципу научности, обеспечивать достоверность результатов их применения и соответствовать требованиям уголовно-процессуального закона.

При этом проблема «границ специальных знаний», их глубины имеет актуальный характер применительно к вопросу о переходе специальных знаний в общедоступные. Такое преобразование представляет собой следствие развития научных знаний, их распространения в обществе до такого уровня, когда на определенном образовательном этапе они становятся общедоступными.

Следующим структурообразующим компонентом специальных знаний являются умения, навыки, опыт (профессиональный и житейский), т. е. «знания в практическом применении»⁹. При этом необходимо отметить, что такие категории, как профессиональный и житейский опыт достаточно расплывчаты и неопределенны. «Даже приблизительно нельзя определить конкретное содержание тех практических навыков и опыта, которые следователь или судья приобрели за время своей работы в этом качестве ... и то, что составляет элемент их практического опыта, другим может быть неизвестно»¹⁰.

О практическом опыте лица применительно к специальным знаниям в уголовном судопроизводстве можно говорить, только имея в виду его участие в процессуальной деятельности. Поэтому для специальных знаний в сфере уголовного процесса важное значение имеет адаптация к работе с определенными обстоятельствами, а также уверенность, приобретенная с профессиональным опытом или специальной подготовкой. Своеобразие этого опыта состоит в том, что, без увеличения объема специальных знаний, они адаптируются к условиям специфической среды: лицо овладевает соответствующими навыками и умением применять свои знания. В данном случае речь идет о компетенции, т. е. наличии у лица практических навыков, уровне специальной подготовки и других обстоятельствах, которые следователи и суд должны учитывать при решении вопроса о привлечении такого лица к определенной деятельности. Способность исследования обстоятельств, значимых по делу, в процессуальном смысле является тем критерием, которым должностные лица, осуществляющие уголовное судопроизводство, руководствуются при решении вопроса о привлечении специалиста для оказания практической помощи. В то же время ставить знак равенства между специальными знаниями и специальными навыками нельзя, поскольку они соотносятся как общее и частное, причем, последние включают только практическую деятельность субъекта и совокупность применяемых им приемов исследования, не охватывая логическую деятельность познающего.

Юриспруденция — составная часть профессиональных познаний юристов. Такие знания также являются специальными, но, как представляется, находятся за рамками уголовно-процессуального значения данного термина. В научной литературе давно дискутируется вопрос о принадлежности знаний из области права к специальным. Существует мнение о том, что все правовые знания следует отнести к специальным¹¹. Однако более распространена точка зрения, согласно которой принципиально важным признаком, характеризующим сущность специальных знаний, используемых в уголовном процессе, является исключение из их числа познаний в области права, что специальные знания — это всегда научные знания неправового характера, сопровождаемые признанными прикладными методиками, которые используются для достижения определенных юридических действий¹².

А.А. Эксархопуло считает, что «для оценки правовых знаний как знаний специальных следует исходить не из фиксированного их перечня, а из субъективного отношения следователя, суда к определенным отраслям знаний как таковым. Для любого человека, в т. ч. и следователя, суда, таким образом, специальными знаниями будут только те знания, которыми он профессионально не владеет»¹³.

Как представляется, специальные правовые знания следователя и судьи не могут быть реализованы таким образом, чтобы их результаты имели доказательственное значение, поскольку закон исключает возможность совмещения в одном лице функций различных участников уголовного судопроизводства. Поэтому применять такие знания возможно только в качестве способов, с помощью которых указанные должностные лица устанавливают обстоятельства совершенного преступления, выдвигают версии, дают квалификацию деяния и т. п.

Иначе, на наш взгляд, обстоит дело с правовыми знаниями, «специальность» которых обусловливается высоким уровнем теоретической подготовки и редкостью применения отдельных отраслей и институтов российского права. Примером тому могут служить знания в области

иностранного права, торгового мореплавания и т.п. Специфика подобных знаний позволяет их использование для решения вопросов о точности и правильности применения правовых норм в ходе расследования уголовных дел. Подобные знания могут вовлекаться в уголовный процесс, поскольку на их основе формируются сведения, которые могут служить доказательствами по уголовному делу. Такие сведения должны облекаться в процессуальную форму, иметь закрепленный в законе порядок формирования и получать оценку правоприменителей.

Таким образом, специальные знания — это знания научно обоснованные, существующие в форме собственно знаний, навыков и умений; не общедоступные, не имеющие массового распространения; ими обладает ограниченный круг лиц, имеющих соответствующую теоретико-практическую подготовку; они характеризуют определенный вид практической деятельности; не включают в себя познания в области права; способствуют оптимизации и объективизации установления обстоятельств совершенного преступления.

Помимо этого, специальные знания являются элементом, определяющим процессуально-правовое положение соответствующих участников уголовно-процессуальной деятельности, на основе которого формируются их права и обязанности, система гарантий, условия и порядок их деятельности в ходе расследования и судебного разбирательства по уголовному делу, устанавливается характерное только для них процессуальное значение результатов, достигнутых в ходе такой деятельности. В уголовном судопроизводстве специальные знания — это сначала обязательный элемент процессуального статуса лица и только потом качественный признак знания.

Вопрос о формах использования специальных познаний в уголовном судопроизводстве многократно и подробно исследовался в процессуальной и криминалистической литературе, в связи с чем предлагалось множество самых различных классификаций таких форм¹⁴. Как представляется, исходя из законодательных реалий и с учетом задач доказывания по уголовному делу, сферы применения (использования) специальных знаний могут быть разделены следующим образом: при производстве следственных действий, при производстве процессуальных действий, при производстве непроцессуальных действий.

Использование специальных познаний при производстве следственных действий, как правило, осуществляется путем привлечения следователем (дознавателем) соответствующего специалиста для содействия в обнаружении, закреплении и изъятии предметов и документов, в применении технических средств, для постановки вопросов эксперту и т.п. (ст.58, 168 УПК РФ).

Участие лица, обладающего специальными познаниями, может не только повысить эффективность следственного действия, но и определить возможность использования его результатов в качестве доказательств. Анализ норм УПК РФ позволяет сделать вывод о том, что при регламентации участия специалиста в следственных действиях закон предусматривает две ситуации: а) когда вопрос о привлечении специалиста решает следователь по своему усмотрению, при этом область специальных знаний законом не регламентируется; б) когда следователь обязан привлечь к участию в следственном действии специалиста в определенной области знания.

При оказании содействия следователю в обнаружении, закреплении и изъятии доказательств специалист как бы «сопровождает» следователя, выступая его «советником». Информация, полученная при консультации со специалистом, в материалах уголовного дела фиксируется как исходящая от следователя, т. е. как результат уголовно-процессуальной деятельности, имеющей доказательственное значение. Но о том, в каком порядке специалист помогает следователю решать эти задачи, а также ставить вопросы перед экспертом и разъяснять вопросы, входящие в его профессиональную компетенцию, в законе ничего не говорится. Деятельность специалиста как бы растворяется в доказательственной деятельности следователя, в ее результатах, т. к. итогом следственного действия являются закрепленные в протоколах сведения о фактических данных, помощь в установлении которых оказывает специалист¹⁵.

Велико значение и такой формы участия специалиста при производстве следственных действий, как содействие в применении технических средств. В силу того, что использование научно-технических достижений в меньшей степени зависит от влияния субъективных факторов, то и результаты их применения представляются относительно свободными от субъективизма¹⁶. При помощи научно-технических достижений могут быть выявлены различные материальные и идеальные следы преступлений, осуществлена их фиксация, подтверждены факты выполнения некоторых следственных действий, запечатлен порядок их проведения и т.п.

Значение участия специалиста при применении технических средств трудно переоценить при проверке судом порядка производства следственного действия с целью решения вопроса о допустимости его результатов в качестве доказательств. Кроме того, использование помощи специалиста при применении различных средств фиксации доказательств, получаемых в ходе следственных действий, не только служит гарантией от фальсификации доказательств, но и повышает эффективность последующего экспертного исследования полученных объектов¹⁷.

Наиболее распространенным способом использования специальных знаний при производстве следственных действий является судебная экспертиза.

Сфера применения специальных познаний при проведении иных процессуальных действий, например, документальных проверок и ревизий не столь значительна по сравнению с другими формами. В соответствии с ч. 1 ст. 144 УПК РФ документальные проверки и ревизии проводятся по требованию следователя и дознавателя при необходимости установления достаточности оснований для возбуждения уголовного дела и впоследствии, поскольку данные действия осуществляются в рамках УПК РФ и носят процессуальный характер, их результаты в порядке ст. 84 могут признаваться доказательствами. При этом в УПК РФ отсутствует законодательное определение проверок и ревизий, не установлены требования к их форме и содержанию, порядку назначения и производства.

Значимыми процессуальными формами участия специалиста в уголовном процессе является дача им заключения и показаний по вопросам, входящим в его профессиональную компетенцию. Это может быть сделано как по инициативе органов расследования и суда, так и по ходатайству сторон. Получение показаний специалиста возможно в самых различных ситуациях, в т. ч. и в связи с участием в деле эксперта. Это делается тогда, когда суду необходимо независимое мнение по вопросам, связанным с проведенным экспертом исследованием. При этом нельзя согласиться с авторами, считающими, что специалист привлекается для оценки заключения эксперта как доказательства, т. е. для его правовой оценки¹⁸. Оценка доказательств — это прерогатива суда, а не специалиста. Давая суду разъяснения по вопросам, связанным с производством экспертного исследования, высказывая свое мнение, специалист рассматривает только научную обоснованность выводов эксперта.

К числу непроцессуальных форм использования специальных знаний в уголовном судопроизводстве могут быть отнесены различные ведомственные расследования, например, расследование причин несчастных случаев на производстве, при авариях и катастрофах на воздушном, железнодорожном, морском, речном транспорте. Результаты такого расследования закрепляются в виде соответствующих актов и нередко служат основаниями для возбуждения уголовного дела о нарушении правил техники безопасности. В форме иных документов (ст. 84 УПК РФ) они попадают в процесс доказывания.

Одной из непроцессуальных форм использования специальных познаний в уголовном судопроизводстве является т. н. «предварительное исследование» объектов, которое осуществляется сотрудниками криминалистических подразделений органов внутренних дел или прокурорами-криминалистами. Особенность данной формы применения специальных познаний — это использование ее для установления наличия или отсутствия оснований для возбуждения уголовного дела.

Нередко решить вопрос о возбуждении дела по конкретной статье уголовного закона просто невозможно без определения тяжести вреда, причиненного здоровью пострадавшего, или без установления принадлежности вещества к наркотикосодержащим препаратам и т. п. Не имея возможности назначить в подобных случаях экспертизу, практические работники вынуждены сами «изобретать» способы закрепления доказательственной информации (данных, подтверждающих наличие оснований для возбуждения или отказа в возбуждении дела). Отсюда появляются «акты судебно-медицинского освидетельствования», акты предварительного исследования и т. п.

Безусловно, необходимость проводить сначала предварительные исследования объектов (не предусмотренные действующим законодательством в числе способов проверки оснований для возбуждения уголовного дела), а затем направлять их для экспертного исследования мешает оперативному ходу расследования, ведет к утрате доказательственного материала.

Придание же доказательственного значения заключению специалиста и анализ положений УПК РФ, посвященных ему, позволяют говорить о том, что следователи получили возможность уже не «изобретать» способы закрепления доказательственной информации в стадии возбуждения уголовного дела в виде «актов судебно-медицинского освидетельствования», актов предварительного исследования и т.п., а привлекать специалиста для дачи им заключения, которое может быть использовано как доказательство.

¹ См.: *Строгович М.С.* Курс советского уголовного процесса. М., 1968. Т. 1. С. 433; *Шиканов В.И.* Проблемы использования специальных познаний и научно-технических новшеств в уголовном судопроизводстве: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1980. С. 11; *Абакиров К.К.* Процессуальные и организационные проблемы применения специальных познаний при производстве судебных экспертиз: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2000. С. 12–15; *Орлов Ю.К.* Основы теории доказательств в уголовном процессе. М., 2000. С. 124.

² См.: *Философский словарь* / под ред. М.М. Розенталя, П.Ю. Юдина. М., 1963. С. 154, 351–352.

³ См.: *Махов В.Н.* Использование знаний сведущих лиц при расследовании преступлений. М., 2000. С. 38–39; *Сахнова Т.В.* Судебная экспертиза. М., 2000. С. 10; *Якубов Р.С.* Вопросы использования специальных экономических знаний при расследовании налоговых преступлений: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Челябинск, 2004. С. 11; *Шапиро Л.Г.* Процессуальные и криминалистические аспекты использования специальных знаний при расследовании преступлений в сфере экономической деятельности. М., 2007. С. 13.

⁴ *Эйсман А.А.* Заключение эксперта. Структура и научные обоснования. М., 1967. С. 91.

⁵ См.: *Морозов Г.Е.* Участие специалиста в стадии предварительного расследования: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1977; *Евстигнеева О.В.* Использование специальных знаний в доказывании на предварительном следствии. Саратов, 2001; *Селина Е.В.* Специальные знания в уголовном процессе // Государство и право. 2003. № 7. С. 45 и др.

⁶ См.: *Шапиро Л.Г.* Указ. соч. С. 13–23.

⁷ См.: *Соколовский З.М.* Понятие специальных знаний // Криминалистика и судебная экспертиза. 1969. № 6. С. 202.

⁸ См.: *Шапиро Л.Г.* Указ. соч. С. 14.

⁹ См.: *Ратинов А.Р.* Судебная психология для следователей. М., 2001. С. 109–114; *Сорокотягин И.Н.* Специальные познания в расследовании преступлений. Ростов н/Д, 1984. С. 5–7.

¹⁰ *Евстигнеева О.В.* Указ. соч. С. 6.

¹¹ См.: *Россинская Е.Р.* Судебная экспертиза в гражданском, арбитражном, административном и уголовном процессе. М., 2005. С. 13–14, 17.

¹² См.: *Евстигнеева О.В.* Указ. соч. С. 8; *Сахнова Т.В.* Судебная экспертиза. М., 2000. С. 8–9.

¹³ См.: *Эксархопуло А.А.* Правовые основы использования специальных познаний и технических средств в расследовании уголовных дел // Проблемы раскрытия преступлений в свете современного уголовного процессуального законодательства. Екатеринбург, 2003. С. 527.

¹⁴ См.: *Шиканов В.И.* Использование специальных познаний. Иркутск, 1976. С. 27; *Лисиченко В.К., Циркаль В.В.* Использование специальных знаний в следственной и судебной практике. Киев, 1987. С. 50–60; *Зеленецкий В.Д.* Криминалистические проблемы организации расследования преступлений: автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. М., 1991. С. 34; *Степанов В.В., Шапиро Л.Г.* Специальные знания в уголовном судопроизводстве. М., 2008. С. 43–53 и др.

¹⁵ См.: *Арсеньев В.Д., Заблоцкий В.Г.* Использование специальных знаний при установлении фактических обстоятельств уголовного дела. Красноярск, 1986. С. 72.

¹⁶ См.: *Орлов Ю.К.* Указ. соч. С. 124.

¹⁷ См.: *Зельбес И., Леви А.* Организация судебных экспертиз: практика США, проблемы России // Российская юстиция. 1996. № 7. С. 28.

¹⁸ См.: *Мизулина Е.Б.* Независимость суда еще не есть гарантия правосудия // Государство и право. 1992. № 4. С. 53.

В.Е. Гудзь

ИССЛЕДОВАНИЕ МЕСТА ОБНАРУЖЕНИЯ ВЗРЫВЧАТЫХ ВЕЩЕСТВ И ВЗРЫВНЫХ УСТРОЙСТВ КАК НАЧАЛЬНЫЙ ЭТАП РАССЛЕДОВАНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЙ

Проблемам организации начального этапа расследования преступлений, связанных с незаконным оборотом взрывчатых веществ (далее — ВВ) и взрывных устройств (далее — ВУ), посвящены труды многих ученых¹. Однако в них рассмотрено производство отдельных видов

© В.Е. Гудзь, 2009

Аспирант кафедры криминалистического обеспечения расследования преступлений Саратовской государственной академии права.

следственных действий, которые проводятся при единоличном расследовании или силами небольших следственно-оперативных групп. Осуществление на практике крупномасштабных комплексных следственно-оперативных действий при раскрытии рассматриваемой категории преступлений, основанных только на традиционных рекомендациях, приводит как к недопустимым нарушениям уголовно-процессуального закона, так и к организационно-тактическим ошибкам, что отражается на качестве предварительного расследования.

Необходим некий новый комплекс подкрепленных процессуальной базой организационных и тактических рекомендаций по осуществлению следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий, особенно на начальном этапе расследования, в котором должны найти отражение рекомендации по проведению тактических операций.

Важное место на начальном этапе расследования преступлений рассматриваемой категории занимает исследование места обнаружения ВВ и ВУ.

В качестве типовых ситуаций обнаружения ВУ и оценки проявления их реальных признаков рассматриваются: 1) обнаружение ВВ и ВУ в результате их поиска при анонимной угрозе взрыва; 2) обнаружение предметов с явными признаками, соответствующими внешнему виду и конструктивным особенностям ВУ (гранаты, мины, тротильные шашки с детонаторами, наличие антенны, мигающего светодиода, звуками хода часов и т.д.); 3) обнаружение подозрительных предметов в виде забытой ручной клади, коробок, пакетов, свертков.

На место обнаружения ВУ прибывает специализированная следственно-оперативная группа (далее — СОГ), в состав которой входят: следователь (руководитель), 2–3 оперативных работника, эксперт-взрывотехник (специалист-взрывотехник), специалист-криминалист, дежурная группа саперов ОМОН, а также дополнительно личный состав патрульно-постовой службы (1–3 наряда), пожарные, скорая медицинская помощь, представители коммунальных служб (газо-, водо- и электросетей)².

В зависимости от складывающейся оперативной обстановки возможны различные сценарии и этапы действий СОГ на месте обнаружения ВУ, требующие быстрого принятия решений и всестороннего обеспечения их выполнения (подготовка средств для локализации взрыва, выбор маршрута, сопровождение транспорта для вывоза ВУ на полигон и т.п.)³.

Для обезвреживания ВУ, наряду с другими способами, может применяться взрыв, как правило, с использованием накладного заряда, по существу санкционированный. Его отличие от несанкционированного заключается в предварительной подготовке места (перемещение ВУ на другое оборудованное место) и выборе времени взрыва с целью снижения или исключения причиняемого взрывом ущерба, обеспечения безопасности людей, а также в целях дальнейшего криминалистического исследования остатков и фрагментов ВУ.

Для снижения воздействия взрыва ВУ на окружающую обстановку, исключения или в значительной степени снижения разлета его фрагментов для последующего их сбора проводится локализация ВУ и места его установки. Локализация ВУ — это создание экранов и преград из специальных средств (противоосколочные одеяла, вакуумные колпаки, пенообразующие составы) и подручных материалов (мешки с грунтом, щиты и др.) для предотвращения разлета осколков и фрагментов ВУ, снижения ударной волны и термического воздействия взрыва.

Все работы, связанные с локализацией и обезвреживанием ВУ, проводят только саперы. Их действия, сопряженные с особым риском и ответственностью, определяют схему действий всей следственно-оперативной группы. На месте происшествия при переходе на полигонные условия специалисты-саперы решают следующие задачи:

1. На основе рекогносцировки места обнаружения ВУ и первоначального обследования его габаритных и конструктивных параметров оценивают степень опасности взрыва и его последствий. Совместно с экспертом-взрывотехником устанавливают зоны эвакуации людей из помещений и на открытой местности; дают рекомендации по безопасному расстоянию нахождения транспортных средств и специального оборудования, подготовке средств локализации ВУ; определяют необходимость и продолжительность отключения газо-, водо- и электроснабжения на объектах.

2. Детально изучают конструкцию ВУ с использованием технических средств исследования (рентгеноскопия, газоанализаторы, стетоскопы и т. п.).

3. Обеспечивают локализацию ВУ для снижения осколочного и фугасного действия взрыва.

4. На основе оперативной информации (показания очевидцев, свидетелей и др.), анализа конструктивных параметров ВУ, оценки последствий возможного взрыва принимают решение о способе обезвреживания ВУ.

5. После каждого воздействия на конструкцию ВУ с целью его обезвреживания проводят оценку результата и определяют степень сохранившейся опасности.

6. При необходимости принимают решение (по согласованию с руководителем СОГ) о транспортировке ВУ на полигон или во взрывную камеру, дают рекомендации по выбору маршрута следования и его организации.

7. При обезвреживании ВУ в условиях полигона или взрывной камеры выбирают соответствующие задачам дальнейшего экспертного исследования ВУ и его фрагментов способы и средства демонтажа взрывателя и боевой части.

Схемы взаимодействия участников СОГ при обезвреживании ВУ выглядят следующим образом. По прибытии на место происшествия саперами устанавливается радиоблокиратор, производится оценка внешних признаков подозрительного предмета. Исходя из габаритов предмета, саперы и специалист-взрывотехник производят предварительную оценку массы ВВ, находящегося в нем, определяют дальность безопасного нахождения людей и транспорта, а также оценивают возможные последствия срабатывания обнаруженного ВУ. В зависимости от расположения подозрительного (взрывоопасного) объекта производят расчеты характера воздействия взрыва (бризантное действие, ударная волна, осколочное поражение) на людей, строительные конструкции, пожароопасные объекты и коммуникации.

На основе предварительной оценки обстановки и рекомендаций специалистов руководитель СОГ принимает решение об эвакуации людей и транспорта, отключении подачи электроэнергии, воды и газа. В ходе начального (подготовительного) этапа по обезвреживанию оперативные работники ведут скрытое наблюдение за подозрительными лицами, находящимися в зоне видимости. При этом может использоваться фотосъемка и видеозапись. По прибытии на место происшествия по поручению следователя специалист-криминалист производит обзорную и ориентирующую фотосъемку и видеозапись. Кроме того, следователь согласует с саперами возможность осмотра места обнаружения ВУ.

Саперы решают следующие задачи: обезвредить взрывное устройство, исключить поражение людей, значительно снизить степень разрушения окружающих объектов. Очевидно, что эти задачи далеки от цели эффективного раскрытия и расследования преступления, розыска и задержания преступника. Самостоятельные, изолированные от других участников СОГ действия саперов могут повлечь за собой безвозвратную потерю следов преступника — ценную розыскную и доказательственную информацию. В таких условиях грамотное взаимодействие всех участников СОГ может сыграть определяющую роль в дальнейшем расследовании преступления⁴.

Необходимо подробно проинструктировать сапера по сохранению следов на месте установки ВУ. В интересах последующего эффективного осмотра места происшествия саперу необходимо знать, как не «затоптать» следы, с которыми начнут работать следователь и специалист-криминалист. В этих условиях инструктаж саперов целесообразно проводить следователю с участием специалиста-криминалиста, указывая: 1) как передвигаться в помещении и на открытой местности, чтобы сохранить следы обуви (ног) преступника; 2) как брать изымаемые объекты и класть их в упаковочный материал или выносить из опасной зоны; 3) как снимать и сохранять куски изоляционной ленты, крепежные провода и веревки, маскировочный материал и т. д.

Иногда инструктаж целесообразно проводить после просмотра видеоматериала об обнаруженном ВУ и особенностях его установки и маскировки.

В ходе организации оцепления прилегающей к месту установки ВУ местности, зданий, жилых и нежилых помещений оперативные работники ведут поиск и опрос очевидцев событий, связанных: 1) с установкой ВУ; 2) с обнаружением ВУ.

Специалист-взрывотехник с помощью газоанализатора может установить тип взрывчатого вещества. Применение рентгеноскопии (переносная рентгеноустановка) позволяет рассмотреть в разных плоскостях подозрительный предмет с детальной расшифровкой его внутренних элементов. Полученные данные, консультации с саперами, оценка возможного ущерба при взрыве позволяют принимать решение о способе обезвреживания.

В том случае, когда состояние ВУ позволяет транспортировку, обезвреживание производят на полигоне. Маршрут движения автомобиля с ВУ выбирается в стороне от населенных пунктов, детских учреждений, густонаселенных районов города, нефте- и газопроводов и хранилищ, мостов, туннелей и путепроводов. Консультации в выборе маршрута и сопровождение по нему осуществляют дежурные наряды дорожно-постовой службы ГИБДД.

По прибытии на полигон руководитель СОГ организует оцепление, проводит инструктаж с доведением сигналов и команд. При выборе на полигоне места обезвреживания ВУ специалист-криминалист и специалист-взрывотехник осматривают указанные саперами участки местности для выявления посторонних предметов, которые могут быть собраны после взрыва ВУ и впоследствии вызвать ненужные вопросы в ходе его реконструкции.

Следует отметить, что осмотр места происшествия, связанного с локализацией и обезвреживанием ВУ, сопряжен со многими особенностями и характером проводимых работ и оперативных мероприятий. Важно помнить, что при работе по обезвреживанию ВУ безопасность людей, безоговорочно, важнее, чем изъятие любого следа, пусть даже единственного. Но в то же время следует знать, что шанс на профессионально выполненную работу на месте происшествия не дается дважды.

¹ См.: *Курин Г.И.* Криминалистические исследования по реконструкции самодельных осколочных взрывных устройств по следам их воздействия на окружающую обстановку: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 1999; *Малков В.Д.* Хищение огнестрельного оружия, боевых припасов и взрывчатых веществ: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 1969; *Смоляков П.П.* Правовые и методические основы криминалистических исследований самодельных взрывных устройств: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2000; *Варченко И.А.* Криминалистическая характеристика и особенности первоначального этапа расследования преступлений, связанных с применением взрывчатых веществ и взрывных устройств: дис. ... канд. юрид. наук. Краснодар, 2000; *Игнашин В.И.* Технично-криминалистическое обеспечение поиска, локализации и обезвреживания взрывных устройств на месте происшествия: дис. ... канд. юрид. наук. Волгоград, 2001.

² См.: *Чувилев А.А.* Взаимодействие следователя органа внутренних дел с милицией. М., 1981. С. 46–54.

³ См.: *Волченков В.В., Серов В.П.* Борьба с незаконным оборотом огнестрельного оружия, боеприпасов и взрывчатых веществ. М., 1996.

⁴ См.: *Евстигнеев Б.А., Иванов А.Н., Исхизов Д.А., Колотушкин С.М.* Осмотр места происшествия при расследовании преступлений, совершенных с применением взрывных устройств: учебное пособие. Саратов, 2002. С. 40–41.

М.Ф. Зеленев

**ПРОБЛЕМЫ ФОРМИРОВАНИЯ ПРАВОВЫХ ОСНОВ
ПОТРЕБИТЕЛЬСКОЙ КООПЕРАЦИИ В РОССИИ:
ВТОРАЯ ПОЛОВИНА XX ВЕКА**

Размышляя сегодня об условиях дальнейшего развития российской экономики, и в частности ее пищевой и пищеперерабатывающей отраслей, следует помнить и о роли кооперативного сектора. В ситуации экономического роста он получает новые импульсы для развития. В данном контексте нам хотелось бы отметить тот факт, что у данного сектора нашей экономики имеется серьезная и богатая история. Рассмотрим ее некоторые правовые аспекты

Объективно оценивая значение потребительской кооперации в послевоенный период, необходимо отметить, что она сыграла важную роль в восстановлении разрушенной войной экономики страны. В военные годы она занималась заготовкой, снабжением и распределением на основе жесткой плановой (карточной) дисциплины. После же войны возникла острая необходимость в существенных организационно-структурных преобразованиях. Речь шла о превращении потребительской кооперации из аппарата по распределению товаров в организацию торговли.

9 ноября 1946 г. было принято постановление Совета Министров СССР «О развертывании кооперативной торговли в городах и поселках продовольствием и промышленными товарами и об увеличении производства продовольствия и товаров широкого потребления кооперативными предприятиями», содержащее ряд положений, направленных на расширение участия потребительской кооперации в экономической жизни страны. В частности, поскольку государственная торговля в значительной степени пострадала от войны, Центросоюзу СССР предписывалось развернуть торговлю не только в сельской местности, но и в городах и рабочих поселках.

Важным для планирования хозяйственной деятельности потребительской кооперации стало и другое постановление Совета Министров СССР — от 6 ноября 1956 г. «О дальнейшем расширении прав Советов Министров союзных республик по планированию розничного товарооборота». На основании постановления Правления Центросоюза СССР от 15 ноября 1956 г. устанавливался новый порядок планирования хозяйственной деятельности потребительской кооперации. Если ранее плановые задания по развитию ее хозяйственной деятельности устанавливались Центросоюзу государственными органами Союза ССР, то, начиная с 1957 г., планы развития торговли и объемы производства промышленной продукции стали определяться государственными органами союзных республик, республиканскими потребительскими союзами.

© М.Ф. Зеленев, 2009

Кандидат юридических наук, профессор Международной академии предпринимательства (г. Москва).

Демократизация многих сфер правового регулирования с середины 50-х гг. и особенно в период «хрущевской оттепели» 60-х гг. оказала влияние и на административно-правовой статус потребительской кооперации. Из субъекта, имевшего вплоть до 50-х гг. ограниченные права, потребительская кооперация постепенно превращается в субъект, активно участвующий в деятельности аппарата государственного управления, в реализации функций государственных органов.

Анализ постановлений Правительств СССР и РСФСР за несколько лет этого отрезка истории позволяет определить следующие наиболее существенные полномочия потребительской кооперации в сфере государственного управления:

1. Правлениям соответствующих кооперативных организаций было предоставлено право утверждать цены, по которым продаются сельскохозяйственные продукты, закупаемые у колхозников и других граждан, а также розничные цены на готовые изделия и полуфабрикаты, выработанные на собственных предприятиях и на давальческих началах на предприятиях государственной промышленности из сельскохозяйственных продуктов, закупаемых у колхозников и других граждан и принятых на комиссию от колхозов.

2. Органы потребительской кооперации получили право устанавливать наценки к единым государственным розничным ценам на товары для возмещения расходов по доставке товаров в глубинные районы.

3. Начиная с 1957 г., планы закупок потребительской кооперацией сельскохозяйственной продукции для собственных нужд утверждались в местах ее деятельности.

4. Правлению Центросоюза и правлениям республиканских, краевых и областных потребительских союзов предоставлялось право создавать торговые предприятия, торговые склады, заготовительные пункты и производственные предприятия.

5. Правления потребительских союзов союзных республик наделялись правом утверждать и изменять структуру и штаты областных, краевых и республиканских (автономных республик) потребительских союзов, их предприятий и строек. Правлениям Центросоюза и республиканских, краевых и областных потребительских союзов предоставлялось право вносить изменения в типовые штаты и типовые структуры организаций и предприятий своей системы.

Сегодня эти «послабления» могут показаться нам не слишком существенными, но в то время это расценивалось как серьезное расширение самостоятельности.

Постановлением Совета Министров РСФСР от 14 июня 1967 г. предусматривались вопросы, передаваемые на решение правления Роспотребсоюза, что также расширяло полномочия последнего. Кроме того, Роспотребсоюз наделялся правом утверждать отдельные плановые показатели республиканским (АССР), краевым и областным союзам потребительских обществ (установленные задания по распределению рыночных фондов, обороту собственной продукции, издержкам обращения в розничной торговле, общественном питании и др.) и вносить изменения в планы, которые утверждались государственными органами (например, в план по товарообороту), с сообщениями об изменениях Госплану и ЦСУ РСФСР.

Учитывая угрозу все большего огосударствления системы управления потребительской кооперацией, государство пыталось путем правового регулирования если не остановить этот процесс, то, по крайней мере, избежать наиболее радикальных его проявлений. Так, ряд нормативных актов обязывал органы государственного управления при решении соответствующих вопросов привлекать к участию и учитывать предложения органов потребительской кооперации либо совместно, либо по согласованию принимать определенные акты. Постановлением Совета Министров РСФСР от 20 марта 1979 г. «О плане поставок грибов соленых, маринованных и сушеных, клюквы, брусники и меда урожая 1979 года потребителям общесоюзного и республиканского (РСФСР) фондов» Роспотребсоюзу предоставлялось право при необходимости вносить частичные изменения в этот план по автономным республикам, краям и областям без изменения общего объема поставки соответствующей продукции.

Однако отдельные попытки ограничить сферу действия административно-командных методов в системе потребительской кооперации носили поверхностный и непоследовательный характер. Наделение законом организаций потребительской кооперации большим комплексом обязанностей в сфере государственного управления лишало последних какой-либо экономической инициативы.

Наиболее значительные организационно-структурные преобразования системы управления потребительской кооперацией были осуществлены в 70–80-е гг. В стране происходила централизация и одновременно отраслевая специализация производственной деятельности потребительской кооперации. Это отразилось и на ее организационной структуре: произошло укрупнение ее низового звена – потребительского общества. Этот процесс продолжался до недавнего времени и выражался в преобразовании районных потребительских союзов райпотребсоюзов в районные потребительские общества (райпо) с одновременной ликвидацией сельских потребительских обществ, т. е. на территории одного административного района действовало одно потребительское общество.

В погоне за экономическими показателями организаторы создания потребительской кооперации по модели «административному району – одно районное потребительское общество», упускали из виду кооперативную природу райпо. Подобная недооценка приводила к разрыву связей, складывающихся между кооперативом и его членами.

Организационная перестройка системы потребительской кооперации, проявившаяся в ликвидации сети сельских потребительских обществ (сельпо) и создании на их основе райпо, наиболее последовательно отражала суть административно-командных методов хозяйствования. Это было своего рода подстраиванием системы бывшего Центросоюза СССР под государственно монополистические производственные отношения.

Понадобилось десятилетие, чтобы убедиться в ошибочности выбранного пути. Повсеместно районные потребительские общества создавались без учета географических, национальных, экономических и других особенностей той или иной территории. Кооперативная форма хозяйствования сама по себе не дает гарантии широкой демократии, активного участия пайщиков в решении вопросов деятельности потребительских обществ.

В 70–80-е гг. в потребительской кооперации большое внимание уделялось развитию отраслевого управления. Считалось, что отраслевое управление обеспечивает концентрацию, специализацию, внедрение новых технологий, а также межхозяйственную интеграцию кооперативного хозяйства.

За 1990–1991 гг. было проведено несколько сокращений штата работников Центросоюза и республиканских потребительских союзов. В результате численность аппарата управления, например, Центросоюза СССР уменьшилась с 1100 чел. в 1989 г. до 530 в 1991¹.

Несмотря на распад Центросоюза СССР, принятые им в период 1987–1991 гг. решения сыграли определённую роль в подготовке организаций потребительской кооперации к работе в условиях рыночной экономики.

Новые экономические, социальные, организационные, правовые задачи и условия деятельности организаций и предприятий потребительской кооперации были закреплены в примерных уставах потребительского общества, райпотребсоюза, областного, краевого, республиканского потребсоюза и Устава Союза потребительских обществ СССР, принятых на XII съезде потребительской кооперации СССР в марте 1989 г.

Вопросы углубления перестройки деятельности потребительской кооперации решались на втором собрании Совета Центросоюза двенадцатого созыва (январь 1990 г.), разработавшем ряд важных положений о работе органов самоуправления и коллективном членстве в потребительском обществе.

После начала реформ, в период 1991–1997 гг., условия для деятельности потребительской кооперации были крайне неблагоприятными. Кооперативный сектор экономики в целом не имел нормальной законодательной базы. Начавшийся процесс коммерциализации и приватизации государственной торговли, формирование частного сектора в отраслях производства и обращения не мог не затронуть экономические интересы потребительской кооперации. Попытка изменений отношений собственности и реорганизации потребительской кооперации в предпринимательские структуры повлекла за собой ряд негативных последствий. Почву для приватизации кооперативных предприятий подготовил Указ Президента РФ от 22 февраля 1992 г. «О коммерциализации предприятий потребительской кооперации». На его основе начался процесс расчленения комплексных хозяйств потребительской кооперации на разрозненные, мелкие хозяйствующие субъекты, формирование многочисленных юридических лиц и противопоставление их экономических интересов. Приостановление действия этого

Указа и принятие Закона о потребительской кооперации в 1992 г., а затем и в 1997 г. способствовали правовой стабилизации деятельности кооперативных организаций.

Несмотря на отрицательные тенденции в развитии потребительской кооперации данного периода, следует отметить ряд позитивных моментов.

Во-первых, это создание необходимой «правовой базы» для деятельности кооперативных предприятий и организаций, в частности, принятие законов РФ «О потребительской кооперации в Российской Федерации» (1992 г.), «О потребительской кооперации (потребительских общества, их союзах) в Российской Федерации» (1997 г.) и постановления Правительства РФ «Вопросы потребительской кооперации» (1994 г.), заключение на его основе соглашений между потребсоюзами и органами власти.

Во-вторых, это сохранение в подавляющем большинстве регионов кооперативных союзов, основной части материально-технической базы кооперативных организаций и кадрового потенциала.

В-третьих, это выполнение хозяйственных функций в сфере обмена и услуг на селе в значительных объемах по социально значимым позициям.

Хозяйственно-финансовая деятельность потребительской кооперации проявила способность адаптироваться к сложным условиям деятельности, хотя и ценой спада, потери значительной части своего капитала и кадров.

Сегодня кооперативный сектор представляет собой альтернативу государственному сектору экономики. Но, конечно, не во всех сферах кооперация сможет составить ему конкуренцию. Это связано, в первую очередь, со спецификой самой формы, ориентированной, как правило, на относительно небольшие объемы производства.

¹ См.: ЦУ РСФСР. 1992. № 24. С. 266.

Т.К. Красильникова

ПРАВОВОЙ СТАТУС ЦЕХОВЫХ И КУПЕЧЕСКИХ КОРПОРАЦИЙ В РОССИИ

В России формирование корпораций и сословий предпринимательских слоев в период средневековья в силу особенностей феодальной организации общества имело менее выраженные формы и происходило с запозданием по сравнению со странами Западной Европы.

Проблема существования цехов в древнерусских городах является дискуссионной. Вопрос об организации ремесленников на Руси интересовал историков еще в середине XIX в. В исторической науке сложились две точки зрения: одни историки отстаивают версию существования ремесленных корпораций в Древней Руси (в основном в XIV–XV вв.), другие выступают против нее, причем обосновать свой взгляд достаточно убедительно не удалось ни тем ни другим. Наиболее яркими представителями первого направления являются М.Н. Тихомиров, Б.А. Рыбаков, В.В. Стоклицкая-Терешкович¹. Изучая проблему ремесленных корпораций, они сопоставляли условия, в которых организовывались цехи на Западе, с условиями, существовавшими на Руси. Закономерен вопрос: имелись ли в городах Древней Руси условия, подобные тем, что вызвали к жизни цехи на Западе? Цехи могли появляться только там, где уровень развития ремесла был высок, а степень его дифференциации весьма значительна. В Киевской Руси, по сравнению с Европой, городское ремесло обслуживало слишком большое количество населения. Да и ремесло это в значительной степени было вотчинным, что мешало объединению зависимых от бояр ремесленников. Даже в Новгороде вотчинное ремесло преобладало над свободным, ремесленники селились преимущественно в боярских городских усадьбах, что и препятствовало их консолидации по профессиональному признаку².

©Т.К. Красильникова, 2009

Кандидат юридических наук, доцент кафедры теории и истории права и государства Волжского гуманитарного института (филиала Волгоградского государственного университета).

Нельзя не согласиться с имеющимся в научной литературе мнением о том, что «наличие одного или нескольких элементов цеховой организации при отсутствии других, не менее важных, элементов не может служить бесспорным доказательством существования ремесленных объединений типа цехов»³.

Средневековый цех — это объединение ремесленников определенной специальности в феодальном городе, осуществлявшее организацию производства и сбыта своей продукции. Все цехи имели общие черты организации: внутреннюю иерархию от мастера до ученика, систему надзора за производством и сбытом продукции. При этом цех — объединение одновременно и экономического, и политического характера.

Большое внимание проблеме цеховых организаций в древнерусских городах в домонгольское время уделял Б.А. Рыбаков. Взяв за исходный пункт внешние признаки цеховой корпорации (постройку патрональной церкви, совместные поселения, совместное проведение праздников), он попытался доказать наличие этих признаков у древнерусских ремесленников.

Крупные города обычно распались на самоуправляемые концы или сотни. Жители каждого конца избирали на вече своего старосту, располагали коллективной земельной собственностью, военной организацией, патрональным монастырем и соборной церковью, подчиненной кончанскому вече. В компетенцию старост входили раскладка и сбор налогов, наблюдение за порядком, суд по гражданским делам и искам между членами сотен. В XIII–XIV вв. старосты подчинялись боярину — тысяцкому, в XV–XVI вв. — «большим старостам» — аналогу олдерменов городских общин средневековой Европы.

Существовали и другие признаки цеховой корпорации: цех должен был иметь свою администрацию и военную организацию, а также вести контроль за производством и сбытом продукции. Эта главная функция цеховой корпорации была отражена в многочисленных цеховых статусах западноевропейских городов. Но ни один документ подобного рода, относящийся к периоду Древней Руси, нам неизвестен⁴.

Ни экономические, ни политические предпосылки для образования ремесленных корпораций в Киевской Руси в достаточной степени не созрели, а ремесленные цехи в домонгольский период возникнуть не могли. На Руси в тот период ремесленники в лучшем случае представляли собой активную политическую силу на городском вече, но говорить о том, что эта сила была организованной, нет никаких оснований.

М.Н. Тихомиров, Б.А. Рыбаков, Н.А. Колчин и их сторонники доказали, что элементы, присущие цеховой организации ремесленников, были в некоторых городах Киевской Руси. Однако, видимо, в домонгольский период на Руси еще не сложилась совокупность тех социально-экономических условий, которые привели к появлению цехов на Западе. Высокий уровень развития ремесла и степень его дифференциации только подготовили почву, на которой могли возникнуть ремесленные корпорации.

Лишь в начале XVIII в. Петр I в целях более полного использования возможностей ремесла для удовлетворения казенных потребностей ввел цеховое устройство. В 1722 г. им был издан указ о цехах. Если в Европе цехи появились в период ослабления государственной власти, когда она искала союз с городами, то в России они окончательно оформились уже при абсолютизме, когда власть широко распространила свое регулирующее воздействие на народнохозяйственную жизнь.

Порывая с традиционной политикой в отношении устройства посадов, Петр I не пошел по пути наделения ремесленников отдельных городов привилегиями и уставами. Русские цехи с самого начала были лишены ряда особенностей западноевропейских цехов. В них принимались не только свободные ремесленники, но и иностранцы, и крепостные, отпускаемые помещиками на заработки. Некоторым ремесленникам дозволялось заниматься деятельностью без записи в цех, отсутствовала строгая регламентация производства, сбыта продукции, количества учеников и подмастеров.

Если в странах Западной Европы цехи появились задолго до возникновения мануфактурного производства, то в России их появление и развитие были отмечены прогрессирующим развитием мануфактур и падением роли ремесла в экономике страны при всем том, что именно Россия явилась единственным государством, в котором цеховая

организация ремесла, сложившаяся в условиях феодального строя, пережила переход от феодализма к промышленному капитализму и продолжила свое существование даже в условиях государственно-монополистического капитализма, а также в виде промысловой кооперации — и в советский период⁵.

Купеческое же сословие в отличие от ремесленников выступало как более зрелая в политическом отношении и высоко организованная социальная группа населения. В домонгольские времена русское купечество стало объединяться в товарищества типа западноевропейских гильдий. Гильдии — отдельные разряды купечества, объединенные сходными по размеру торговыми оборотами, платящими одинаковые торговые пошлины и имеющие особые сословные права и привилегии. В период средневековья гильдии также носили религиозно-нравственный, юридический и политический характер. Ранние купеческие объединения были еще мало похожи на классические корпорации с их статусами, четко регламентировавшими торговлю. Трудности, которые приходилось преодолевать средневековым купцам как на русской территории, так и за ее пределами, заставляли их объединяться в большие караваны. Риск, связанный с участием в караванной торговле, побуждал купечество искать гарантии от разорения и объединяться в товарищества.

Традиционно было принято считать, что договор складничества на Руси — это по своему содержанию договор товарищества. Появление же договора складничества и его правовое оформление некоторые исследователи несправедливо относили лишь к концу XVI — началу XVII в. В.В. Момотов указывает, что до открытия новгородских берестяных грамот никаких письменных сведений о договоре складничества на Руси не существовало⁶. Н. Рожков, М.Н. Тихомиров и Л.В. Черепнин предполагали, что ст. 48, 49 Русской Правды говорят о купеческом товариществе на вере, торговле вскладчину. В соответствии с этими статьями купец, который был членом института складничества, обладал особыми правами. Он имел право на получение в долг денег на торговые операции. Так, в ст. 44 Пространной Русской Правды говорилось, что при передаче одним купцом другому денег «в куплю», или «в гостьбу», свидетели не требовались. В случае споров купцу достаточно было произнести клятву. Очевидно, что кредитор давал деньги не кому попало, а лишь тем людям, с которыми он был связан общими делами и кому доверял. Все это говорило об особых доверительных отношениях купцов — членов корпорации⁷.

По мнению же Т.Е. Новицкой, употреблять современный термин «товарищество» к корпоративным усилиям купцов Древней Руси некорректно⁸, а потому В.В. Момотов признает, что «термин «складничество» — исторически правильный подход к характеру взаимоотношений между компаньонами периода формирования древнерусского права»⁹. К признакам договора складничества он относит: соединение лиц; соединение материальных средств; участие каждого в выгодах и убытках; наличие цели — производство и продажа изделий. Однако следует заметить, что именно на основании указанных признаков мы можем характеризовать данный договор именно как договор товарищества.

Купеческие объединения подобного рода существовали в разных городах, но развитые купеческие корпорации, аналогичные гильдиям в Западной Европе, действовали лишь в Новгороде. Так, одним из самых сильных в Новгороде было объединение купцов, торговавших воском, с патрональной церковью Иоанна на Опоках, или «Иванское сто».

Как и другие купеческие гильдии, «Иванское сто» служило для защиты общих интересов, его цель — регулирование отношений среди самих товарищей — купцов и поощрение торговли.

«Иванское сто» возникло в XII в. Вначале оно, вероятно, не имело писаного устава, и все вопросы решались по нормам обычного древнерусского городского права. Однако в XIII в., когда «Иванское сто» представляло собой уже развитую корпорацию, возникла потребность в выработке специального устава.

«Иванское сто» представляло собой замкнутую корпорацию во главе со старостами. Специальная статья устава определяла условия вступления купцов в объединение торговцев воском. Каждый новый член данного товарищества должен был делать вступительный взнос — 50 гривен серебра, половина из которых шла в храмовую казну, а другая половина составляла особый фонд, предназначенный для содержания патрональной церкви и для покрытия других расходов. Двое старост руководили деятельностью всего объединения, еще двое имели право взвешивать воск¹⁰.

«Иванскому сту» принадлежало монопольное право мер и весов для взвешивания воска, право сбора пошлин с местных купцов и гостей, торговавших им. Часть получаемого при этом дохода шла на содержание штата церкви Иоанна Предтечи. Церковь была местом хранения эталонов мер веса и длины. Значит, «Иванское сто» вместе с епископом заведовало всеми торговыми мерилками. Искажение мер строго наказывалось. У нарушителя конфисковывалось имущество и делилось на три части: часть шла самой корпорации, вторая — епископу, третья — в городскую казну.

Все спорные вопросы корпорации решал торговый суд. Вмешиваться в его решения не имели права ни посадник, ни бояре. Перед монгольским нашествием в состав торгового суда входили епископ, иванский староста и представители «всего Новгорода» (веча). В период Золотой Орды вместо епископа в состав суда вошли тысяцкий и два купеческих старосты.

Таким образом, «Иванское сто» представляло собой типичную купеческую корпорацию типа гильдии со всеми присущими ей чертами¹¹. Оно было наиболее крупным и известным, но не единственным купеческим объединением. В том же Новгороде существовало аналогичное товарищество «заморских» купцов.

Купеческие корпорации не всегда создавались по принципу торговой специализации. Так, в Киеве, например, объединения создавались по принципу землячества.

Присущая феодализму корпоративность усилилась благодаря формированию сословно-представительной монархии.

Сословия — это социальные группы населения, отличающиеся друг от друга различием прав, обязанностей и привилегий, которые фиксируются в законе. Права утверждает, а обязанности возлагает верховная государственная власть в своих законах, поэтому сословное деление — это деление юридического свойства.

При этом сословия посадских людей по-разному были организованы в Москве и в провинциальных городах. В Москве купеческие сотни появились в XIV в. и назывались сурожане и суконники. Однако в XVI в. терминология изменилась. В Москве посадское население стало делиться на гостей, гостиную, суконную и черную сотни. Гости — крупные оптовые торговцы, торговавшие с другими городами или государствами и имевшие самый большой капитал. В XVII в. их оборотный капитал должен был составлять от 20 000 до 100 000 руб. Гостиную сотню представляли купцы, ведущие торговлю по всем российским городам, но не имевшие права международной торговли, суконную сотню — купцы с меньшим капиталом, с правом торговать там, где имелись их лавки.

Купцы трех привилегированных сотен, соответственно размерам капиталов, несли разные государственные повинности. Кроме общего городского тягла, распределявшегося на все посадское население, они исполняли финансовые поручения по эксплуатации разных казенных монополий и доходных статей. Включение купцов в привилегированные купеческие сословия производилось царскими указами, права и привилегии их членов определялись жалованными грамотами.

Члены черных сотен, или черных слобод, составляли основную массу торгово-ремесленного населения посада. Каждая сотня и слобода составляли особое общество, управлявшееся выборным старостой или сотниками.

Установить точные даты появления корпораций русского купечества, получивших названия гостей и торговых людей гостиную сотни, из-за состояния источников весьма затруднительно. Подлинные акты, положившие начало их формированию, до сих пор не обнаружены, а потому время их организации определяется только предположительно¹². Однако следует признать, что первые жалованные грамоты гостям и гостиную сотне, выделившие их из состава торгового населения посада и установившие их особый статус, были даны от имени Ивана IV. Об этом свидетельствует челобитная гостей и гостиную сотни от 26 августа 1648 г., в которой они просили о восстановлении жалованных грамот, полученных ими «при прежних государях» и утраченных в «московское разоренье». Первым из «прежних государей» в челобитной был назван Иван IV, вслед за которым грамоты подтвердили Федор Иоанович, Василий Шуйский, а затем Михаил Федорович Романов. Сведений о датировке первых грамот в челобитной не приводилось¹³.

Эти данные позволяют предполагать, что выделение из посада некоторых категорий городского населения с целью предоставления им определенных льгот и привилегий было

в то время одним из направлений городской политики правительства, преследующей цель укрепить позиции и влияние царской власти в городе путем создания опоры в лице привилегированных торговых и ремесленных корпораций¹⁴. Такое направление политики было характерно, в частности, для периода регентства Елены Глинской, с 1533 г. возглавившей управление страной после смерти Василия III. Характеризуя этот период, А.А. Зимин писал, что одной из черт политики правительства Елены Глинской было то, что оно «оказывало серьезную поддержку посадскому населению городов и прежде всего, конечно, его зажиточным торгово-ремесленным слоям»¹⁵. По всей вероятности, именно в этот же период была дана и первая грамота «московским гостям и гостиной сотни», предоставляющая им определенные иммунитетные льготы и при этом возлагающая на них определенные обязанности, например, сбор таможенных и иных сборов. Позднее эта грамота могла быть подтверждена или дана вторично, причем более широкому кругу лиц, чем «московские гости», и ее действие распространилось на гостей других городов.

Косвенно о существовании жалованной грамоты гостям до 50-х гг. XVI в. свидетельствует и ст. 26 царского Судебника 1550 г., в котором «гости» уже четко отделены от других групп посадских людей¹⁶.

Относительно практики отбора и записи людей в состав гостей, гостиную сотню никаких регламентирующих эту процедуру законодательных документов общего характера не существовало. На деле все решалось путем частных указов и распоряжений государственных органов власти. Так, если речь шла об индивидуальном пожаловании, требовавшем специальной царской санкции, появлялась соответствующим образом оформленная жалованная грамота. Составлялись такие грамоты применительно к общей жалованной грамоте, полученной корпорацией гостей или гостиной сотни, которая, как правило, содержала перечень дарованных ей льгот.

При Петре I согласно регламенту Главного магистрата в каждом городе торгово-ремесленное население было разделено на две гильдии и цехи. Запись в гильдию определялась имеющимся в торговом обороте капиталом. Первая и вторая гильдии соответствовали гостиной и суконной сотням Московской Руси. Черной сотне, черным слободам соответствовал разряд мещан. Гильдии имели своих выборных представителей — старшин и старост, с которыми магистрат должен был обсуждать проблемы городского управления.

При Елизавете Петровне в 1742 г. купечество стало делиться на 3 гильдии, каждая из которых выбирала старшину, старосту и товарища на год, при этом старшины второй и третьей гильдии подчинялись старшинам первой, а староста и товарищ в каждой гильдии подчинялись старшине. На них возлагались полицейские функции и страховые сборы.

Манифест Екатерины II от 1775 г. подтвердил существование 3-х гильдий. Принадлежность к гильдии определялась величиной объявленного купцом капитала: первая гильдия свыше 10 000 руб., вторая — от 1000 до 10 000 руб., третья — от 500 до 1000 руб. Все существовавшие до того частные промысловые сборы отменялись, вместо них вводился единый гильдейский сбор в размере 1 % от капитала.

Размеры объявленного капитала, права и обязанности купцов разных гильдий пересматривались позднее — в 1807, 1824, 1865 гг. В 1863 г. третья гильдия была упразднена и до 1917 г. существовали только первая и вторая гильдии¹⁷.

До 1917 г. купцы обеих гильдий образовывали в каждом городе купеческое общество с купеческим собранием. Для руководства сословными делами они избирали из своего состава купеческих старост и товарищей. На старост возлагалась обязанность раскладки казенных податей и сборов, общественных и городских повинностей. В обеих столицах и Одессе на сословные должности выбирали не все члены общества, а собрание выборных, избираемых собранием купеческого общества сроком на 3 года. Собрание выборных избирало двух кандидатов на должность купеческого старшины, один из которых утверждался затем на 3 года градоначальником, или генерал-губернатором, и двух членов купеческой управы. В состав купеческой управы входили также заседатели от иногородних купцов, временно проживавших в столицах или Одессе. Купеческим обществам давалось право входить через городских голов или биржевые комитеты в Министерство финансов с представлениями о нуждах торговли¹⁸.

Следует признать, что купеческие гильдии в России были по своим признакам скорее не предпринимательскими корпорациями, а сословно-корпоративными представительскими организациями российского купечества.

¹ См.: *Тихомиров М.Н.* Ремесленники и ремесленные объединения в Киевской Руси // Ученые записки МГУ. История СССР. 1946. Вып. 87.

² См.: *Рыбаков Б.А.* Ремесло Древней Руси. М., 1948; *Стоклицкая-Терешкович В.В.* Проблема многообразия средневекового цеха на Западе и на Руси // Средние века. М.; Л., 1951. Вып. 3; *Янин В.Л.* Новгород как социальная структура // Феодалы в городе: Запад и Русь. М., 1996. С. 42.

³ *Барсуков В.Л.* Сословно-корпоративные, представительные и политические организации предпринимателей дореволюционной России: учебное пособие. Новосибирск, 2000. С. 18.

⁴ См.: Там же. С. 3.

⁵ См.: Там же. С. 33.

⁶ См.: *Момотов В.В.* Из истории становления договора складничества в русском средневековом праве (по материалам берестяных грамот). Краснодар, 1998. С. 5.

⁷ См.: Российское законодательство X–XX веков / под ред. О.И. Чистякова. М., 1984. Т. 1. С. 101.

⁸ *Новицкая Т.Е.* Некоторые аспекты правового регулирования экономики в Древнерусском государстве // Вестник МГУ. Сер. 11, Право. 1996. С. 49.

⁹ *Момотов В.В.* Указ. соч. С. 7.

¹⁰ См.: *Барсуков В.Л.* Указ. соч. С. 22.

¹¹ См.: Там же. С. 24.

¹² См.: *Голикова Н.Б.* Привилегированные купеческие корпорации России XVI – первой четверти XVIII века. М., 1998. Т. 1. С. 23.

¹³ По-видимому, аналогичную грамоту от имени Ивана IV и подтверждения последующих царей имели в виду в своей челобитной 1625 г. о восстановлении «старой грамоты прежних де великих государей» и члены суконной сотни. См.: *Забелин И.* Материалы для истории, археологии и статистики города Москвы. 1891. Ч. II. Стб. 1106.

¹⁴ См.: *Голикова Н.Б.* Указ. соч. С. 24.

¹⁵ *Зимин А.А.* Реформы Ивана Грозного. М., 1960. С. 232, 240–241.

¹⁶ См.: Российское законодательство X–XX веков. М., 1985. Т. 2. С. 138.

¹⁷ См.: *Барсуков В.Л.* Указ. соч. С. 31.

¹⁸ См.: Там же.

В.Е. Николаев

РОЛЬ РЕШЕНИЙ ПРАВИТЕЛЬСТВУЮЩЕГО СЕНАТА В СОЗДАНИИ МЕХАНИЗМА ЗАЩИТЫ АВТОРСКИХ ПРАВ ДРАМАТУРГОВ ВО ВТОРОЙ ПОЛОВИНЕ XIX ВЕКА

К середине XIX столетия в России среди тех, чьим основным заработком были доходы от занятий творчеством, в наиболее бесправном положении находились драматурги. Если понятие о литературном труде, начиная с 20-х гг., достаточно прочно установилось в российском обществе и нарушение авторских прав на литературные произведения преследовалось, совсем иная картина наблюдалась в отношении драматургов. Принадлежавшее авторам и их наследникам право на дачу разрешения представлять их пьесы на сцене, в течение еще почти полувека оставалось нереализованным.

С момента появления первого нормативного акта, регулирующего вопросы авторского права, от 22 апреля 1828 г. «Положения о правах сочинителей»¹ драматические произведения по своему правовому положению приравнивались к произведениям литературным. Это означало, что авторы могли рассчитывать на защиту, если их сочинение будет незаконно перепечатано или выдано за свое, но отдельного права на дачу разрешения представить пьесу на сцене, не предполагалось.

Впервые «право представления» появляется в «Уложении о наказаниях уголовных и исправительных» (далее — Уложение о наказаниях), утвержденном 15 августа 1845 г. в ст. 2196 (в последующих редакциях ст. 1684): «Кто, не выдавая себя за автора чужого сочинения, перевода <...>, но зная, что оно есть литературная или художественная собственность

© В.Е. Николаев, 2009

Аспирант кафедры истории государства и права Саратовской государственной академии права.

другого, будет без надлежащего уполномочия, находящимся у него по какому-либо случаю произведением сего рода располагать как бы принадлежащим ему, <...> или же представить драматическое или играть музыкальное сочинение в публичном собрании <...> тот за сие, сверх следующего за причиненные им чрез то убытки вознаграждения приговаривается к заключению в тюрьме от двух до восьми месяцев»².

Законодательное закрепление за драматургами права на исключительное разрешение постановки произведений оказалось лишь первым шагом к созданию действенного механизма защиты их прав от нарушений. Несмотря на предпринятые государством меры, контрафакции не стало меньше. В столицах, где располагались Императорские театры (монополия была отменена только в 1882 г.), такой проблемы поначалу не существовало (расчеты авторов с дирекцией были урегулированы «Положением о вознаграждении сочинителям и переводчикам драматических пьес и опер, когда они будут приняты для представления на императорских театрах» от 13 ноября 1827 г.)³. В остальных городах России еще долгое время театров (не считая усадебных) практически не было.

Начиная с конца 50-х гг. XIX в. число сцен в провинции неуклонно растет. Содержатели уездных и губернских театров, а затем и т.н. народных домов (не говоря уже о гастролирующих труппах), совершенно не желали делиться своими доходами с авторами. Преследование указанных нарушений, согласно примечанию к ст. 1685 Уложения о наказаниях⁴, могло начинаться только по жалобе потерпевшего. Но у отдельно взятого драматурга не было ни сил, ни средств отслеживать, не играется ли где-либо в стране его пьеса без разрешения. Получалось, что норма ст. 1684 Уложения о наказаниях, запрещающая самовольное публичное представление сценического произведения, оставалась «мертвой» нормой.

Начало коллективному управлению авторскими правами драматургов было положено 29 ноября 1870 г., когда несколько лиц, включая В.И. Родиславского, А.Н. Островского, Н.А. Чаева, А.А. Майкова и других, решили объединиться для совместной борьбы против незаконной постановки их пьес и образовать «Собрание русских драматических писателей».

Позднее Собрание приобрело статус юридического лица и было зарегистрировано как Общество драматических писателей. Его устав был утвержден 30 июля 1874 г. 21 октября 1875 г. к Обществу присоединились композиторы во главе с Н.А. Римским-Корсаковым, образовав «Общество русских драматических писателей и оперных композиторов» (далее — Общество)⁵.

Для борьбы с контрафакторами, в первую очередь, решено было опубликовать объявление за подписью членов Общества, в котором они запрещали постановку пьес собственного сочинения без их согласия. Объявление имело целью произвести должный психологический эффект: необходимо было переломить общественное мнение в пользу авторов. После непродолжительной дискуссии, развернувшейся на страницах некоторых газет⁶, российское общество свыклось с мыслью о необходимости уплаты денег драматургам. Совсем иначе обстояло дело с антрепренерами. Учитывая немногочисленность на первых порах членов Общества и отсутствие у него агентской сети, многие содержатели театров попросту умалчивали о своих постановках.

Первоначально предполагалось преследовать нарушителей в административном порядке. Председатель Общества В.И. Родиславский обратился с письмами к губернаторам, в которых, ссылаясь на ст. 1 Устава о предупреждении и пресечении преступлений т. XIV Свода Законов Российской империи⁷, просил запрещать все постановки, с которых не выплачивались авторские. Реакция начальников губерний была неоднозначной: некоторые действительно перестали допускать ставить пьесы, другие требовали от антрепренеров подписки в том, что пьеса ставится с разрешения автора, третьи — вовсе отказали в помощи, сославшись на различные основания — от необходимости помогать театрам (последние-де содержатся на средства губернатора) до полного отрицания за собой права на запрет постановки (достаточно уже и того, что пьеса разрешена цензурой)⁸.

Авторы, видя такое различное поведение, вызванное их просьбой, обратились в Правительствующий Сенат, указывая на то, что разрешение на постановку, которое дает Управление по делам печати, касается только соответствия пьесы требованиям цензуры, но никак не связано с выплатой авторского гонорара. Однако решение Сената, а также вышедший вслед

за ним циркуляр Главного управления по делам печати от 5 июня 1872 г. № 2343, разъяснили дело в совершенно противоположную сторону, нежели хотелось бы драматургам. Циркуляр не отрицал за губернаторами права запрещать пьесу к постановке на основании нарушения антрепренером норм авторского права, но, поскольку дела об уголовном преследовании авторами нарушений их прав относились к категории дел частного обвинения, а также учитывая, что право на защиту передано многими авторами Собранию драматических писателей, указывал на необходимость авторам самостоятельно решать вопрос о защите их прав от нарушений путем судебного преследования. Таким образом, административный способ защиты, направленный на предупреждение этой категории нарушений, стал невозможен. Оставалось прибегнуть к суду.

Первый иск был вчинен Обществом в связи с самовольной постановкой Малафеевым пьесы П.П. Сухонина «Русская свадьба». Дело рассматривалось в Петербургском окружном суде. Наказанием для антрепренера стало двухмесячное заключение в смирительном доме, однако впоследствии дело было окончено миром: Малафеев выплатил требуемую сумму, и П.П. Сухонин отказался от претензий. В дальнейшем большинство процессов также заканчивались мировыми соглашениями, основным условием которых была уплата антрепренером всех причитающихся автору сумм.

Вслед за признанием необходимости уголовного преследования по ст. 1684 Уложения о наказаниях, необходимо было определить и порядок привлечения к ответственности. Прежде всего, автору или действующему от его имени лицу следовало установить факт незаконного представления. В «Указателе по делам печати» с 1875 г. печатался список всех поставленных в стране пьес (сведения сообщались А.Х. Мозером, служащим библиотеки императорских театров в Петербурге, куда присылались местной полицией афиши всех игранных в провинции пьес). Впоследствии печать списка в «Указателе...» была прекращена, но министр внутренних дел разрешил передавать по одному экземпляру из получаемых министерством афиш в библиотеку Общества, по ним впоследствии составлялся список игранных в провинции пьес, иногда появлявшийся и на страницах ряда газет. Первые обвинения в контрафакции строились именно на основе этих сведений.

Решением уголовного кассационного департамента Сената, вынесенным по жалобе драматурга Л.Н. Антропова на незаконную постановку его пьесы «Блуждающие огни», содержанием одного из саратовских театров дворянином Полуевым были установлены два новых положения. Во-первых, основываясь на том, что, хотя пьеса и была поставлена без ведома Антропова, но право постановки своей пьесы он передал Обществу драматических писателей, которое, в свою очередь, разрешает представления любых пьес своих членов с условием выплаты соответствующего гонорара, суд не нашел в совершенном деянии признаков состава преступления, предусмотренных ст. 1684. То есть пьеса была поставлена «с разрешения», но авторский гонорар не был уплачен. Правонарушение, таким образом, переходило из разряда уголовных в гражданские. Во-вторых, указывая на неопределенность порядка преследования незаконных постановок (Цензурный устав, предусматривавший таковой для незаконной перепечатки, ничего не говорил о самовольном представлении), Сенат определил, что подобные дела должны рассматриваться только после подачи жалобы потерпевшим и по ним возможно примирение⁹ (т.е. они были отнесены к категории дел частного обвинения). Следовательно, производство предварительного следствия по таким делам было признано невозможным¹⁰.

Хотя вышеназванное решение фактически отказывало драматургам в возможности уголовного преследования нарушителей, с другой стороны, за ними было признано право вчинять гражданские иски. Ранее это было невозможным: ни Цензурный устав, ни нормы Законов Гражданских т. XIV Свода Законов, куда были перенесены положения об авторском праве, не предусматривали мер гражданско-правовой ответственности за самовольные представления. Своим решением Сенат фактически признал за таковыми характер не преступления и даже не гражданского деликта, а нарушения обязательства.

Второе важное решение в области авторского права высшая судебная инстанция вынесла еще по одному саратовскому делу. По мнению подавшего апелляционную жалобу В.И. Родиславского, содержатель театра Эдуард Сервье¹¹ 23 мая 1873 г. поставил без разрешения переведенную им пьесу. Саратовская судебная палата в уголовном преследовании отказала,

ссылаясь на то, что произведение попало к антрепренеру не «случайно», как того требует закон (т.е. оно оказалось у Сервье не «по какому-либо случаю»), а вследствие его собственного желания. Между тем Сенат пришел к мнению, что фразу «по какому-либо случаю» следует понимать как «по какому бы то ни было случаю», без различия того, напечатано произведение или нет, и того, каким образом оно попало к лицу, самовольно поставившему произведение на сцене¹².

Другим своим решением, вынесенным в 1887 г. по делу Трозинера, председателя правления русского купеческого общества взаимного вспомоществования, Сенат устранил привилегию дворянских и купеческих клубов не платить авторские отчисления (на том основании, что на их представления посторонняя публика не допускается и значит спектакли эти домашние), указав, что данные спектакли подчиняются ведению полиции, которая присылает туда своих чиновников, а по закону всякое сценическое представление, подлежащее ведению полиции, есть публичное¹³.

Таким образом, несогласованность норм различных отраслей права и наличие в нем множества пробелов обусловили формирование правового механизма защиты авторских прав драматургов на основе актов правоприменительной практики высшей судебной инстанции — Правительствующего Сената. Последние касались не только отдельных вопросов привлечения виновных к ответственности, но и фактически изменяли сам порядок привлечения. В целом решения Сената сохранили свою значимость вплоть до принятия первого специального закона об авторском праве 20 марта 1911 г.¹⁴, наконец устранившего недоработки законодателя.

¹ См.: Высочайше утвержденное положение о правах Сочинителей // Полное собрание законов Российской империи. СПб., 1830. № 1980. Т. III. С. 478–480.

² Полное собрание законов Российской империи. 1846. Т. XX. № 19283.

³ Полное собрание законов Российской империи. 1830. Т. II. № 1533.

⁴ См.: Свод Законов Российской империи. М., 1910. Кн. 4. Т. XIII–XVI. Стб. 235.

⁵ См.: Комитет общества русских драматических писателей // Пчела. 1878. № 16. С. 244.

⁶ Дискуссия была начата А.Н. Островским в «Записке об авторских права драматических писателей» (1869), а также в «Объяснительной записке к Уставу Русского драматического общества (1871). Поддержку в этом вопросе авторам оказало Московское юридическое общество. Его съезд в июле 1875 г. одобрил доклад на эту тему В.И. Родиславского. См.: *Родиславский В.И.* Об авторских правах на сценические произведения // Русский вестник. 1870. Т. 88. С. 504–520. Противоположное мнение см.: Право литературной собственности на драматические произведения // Судебный вестник. 1874. 27 марта.

⁷ См.: Свод законов Российской империи: в 16 т. СПб., 1835. Т. II. Ч. 4.

⁸ См.: Комитет общества русских драматических писателей // Пчела. 1878. № 16. С. 243.

⁹ Вопрос о возможности примирения имел для Общества принципиальное значение: каждый процесс был связан с риском как для обвиняемого (заключение в смиренный дом), так и для драматургов — убытками и сменой общественного мнения, которое, безусловно, не одобрило бы столь жесткой защиты авторами собственных прав.

¹⁰ См.: Решения уголовного кассационного департамента Правительствующего Сената. Первое полугодие 1877 года. СПб., 1877. С. 33–35.

¹¹ Сервье Эдуард — французский подданный, парикмахер. В 1867 г. приобрел у театрального мецената Ф.О. Шехтеля загородный сад с театром, в 1876 г. построил новое здание, получившее название «Театр Сервье». Ныне на этом месте располагается саратовский театр драмы.

¹² См.: Решения уголовного кассационного департамента Правительствующего Сената. Первое полугодие 1877 года. С. 79–80.

¹³ Решения уголовного кассационного департамента Правительствующего Сената. СПб., 1885. С. 88–92.

¹⁴ См.: Собрание узаконений и распоряжений Правительства. 1911. Отд. 1. № 61, ст. 560.

Л.П. Волкова

**ВОПРОСЫ МЕСТНОГО ЗНАЧЕНИЯ КАК ОСНОВА ФОРМИРОВАНИЯ
КОМПЕТЕНЦИИ ИСПОЛНИТЕЛЬНЫХ ОРГАНОВ
МЕСТНОГО САМОУПРАВЛЕНИЯ**

Содержание компетенции муниципальных органов не ограничивается решением вопросов местного значения. Вопросы у местного самоуправления в настоящее время гораздо меньше, чем тех, которыми ведают и государство, и местное самоуправление. Местные администрации в своей деятельности призваны реализовывать не только собственные, но и государственные интересы.

Грань соприкосновения государственных и муниципальных интересов очень тонка, поэтому во многих случаях крайне трудно определить, входит ли тот или иной предмет в предметную сферу органов самоуправления или государства. Непростым иногда представляется и определение доли государственного и муниципального интереса в конкретном вопросе. Сферы деятельности местного самоуправления, представленные в ст. 14–16 Федерального закона от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления» довольно полно определяют вопросы муниципальных образований. Причем это ни какие-то отдельные от государственных предметов вопросы, а вопросы в тех же сферах государственного управления: безопасность, правопорядок, культура, спорт и т. д.

Перечень вопросов, закрепляемых за муниципальными образованиями, является одним из наиболее спорных моментов указанного Закона, т. к. вызывает на практике много затруднений и сомнений. Определяя вопросы местного значения, федеральный законодатель не снабжает муниципальные органы достаточными полномочиями по их решению. Такое положение явно не способствует, как можно было бы думать, проявлению инициативы на местах. Наоборот, оно приводит к тому, что в действительности порядок решения некоторых вопросов определяется субъективным усмотрением органов местного самоуправления.

Как следует из Федерального закона от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации», перечень вопросов местного значения не является исчерпывающим. В уставе муниципального образования может быть предусмотрен дополнительный перечень вопросов местного значения. Это возможно в том случае, если эти вопросы: а) не отнесены к компетенции органов местного самоуправления других муниципальных образований; б) не отнесены к компетенции органов государственной власти; в) не исключены из компетенции органов местного самоуправления федеральными законами и законами субъектов РФ.

© Л.П. Волкова, 2009

Кандидат юридических наук, доцент, научный сотрудник Института законодательства Саратовской государственной академии права.

Закрепление таких положений бессмысленно по следующим соображениям:

1) перечень вопросов местного значения уже установлен самим Федеральным законом от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления» применительно к виду муниципальных образований;

2) если вопрос исключается из компетенции органа местного самоуправления, то орган местного самоуправления лишается и полномочий по его осуществлению;

3) орган местного самоуправления не вправе наделять себя полномочиями по вопросам ведения Российской Федерации и субъектов РФ;

4) на практике довольно затруднительно будет определить вопросы, отвечающие подобным установленным законом требованиям.

Нельзя не согласиться с В.И. Васильевым, отмечающим, что в массе своей современные органы местного самоуправления представляют собой в функциональном отношении нечто среднее между местными Советами, отягощенными выполнением обязанностей органов государственной власти, и местным самоуправлением в его классическом виде, занимающимся делами, главным образом местного значения¹. Действительно, многие дела, возложенные на муниципальные органы, являются, в первую очередь, государственными: осуществление нотариальных действий, регистрация актов гражданского состояния, воинский учет, профилактика коррупции, межнациональные отношения и др.

К вопросам, носящим чисто местную окраску, из перечня вопросов местного значения, закрепленного в Федеральном законе от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления в Российской Федерации» можно отнести: электро-, газо- и водоснабжение, транспортные услуги, услуги связи, общественное питание, торговлю, бытовое обслуживание, библиотечное обслуживание, организацию досуга, обеспечение жителей услугами учреждений культуры, благоустройство мест массового отдыха, сбор и вывоз бытовых отходов, освещение улиц, установление указателей с названиями улиц и номерами домов, сельскохозяйственное производство, коммунальные услуги, работу с детьми и молодежью.

Включение в перечень вопросов местного значения участия в профилактике терроризма и экстремизма, организация муниципальной милиции, вопросов, связанных с гражданской обороной, вызывает сомнение.

Во-первых, данные вопросы вытекают из сферы ведения Российской Федерации в рамках ст. 71 Конституции РФ. Во-вторых, федеральное законодательство не содержит перечня полномочий по их решению. Это привело к тому, что на практике органы местного самоуправления столкнулись с проблемой формирования пакета нормативных актов вследствие отсутствия достаточной осведомленности о конкретных направлениях деятельности в данных направлениях.

По нашему мнению, целесообразно исключить из числа вопросов местного значения указанные выше вопросы. Органам местного самоуправления можно передать только отдельные государственные полномочия по их решению.

Изучение федерального законодательства показало различную степень обеспеченности органов местного самоуправления полномочиями по решению вопросов местного значения:

а) в законодательстве дается подробный перечень полномочий по вопросу местного значения: вопросы, связанные, например, с решением жилищных условий, обеспечением пожарной безопасности, организацией ритуальных услуг, защитой населения от чрезвычайных ситуаций природного и техногенного характера, обеспечения условий для развития физической культуры и спорта;

б) в законодательстве отсутствует указание на полномочия органов местного самоуправления на решение местных вопросов: вопросы, связанные с профилактикой терроризма, экстремизма, сохранением и развитием народных художественных промыслов, охраной объектов культурного наследия и т.д.

Разделение в Федеральном законе от 6 октября 2003 г. «Об общих принципах организации местного самоуправления» вопросов по видам муниципальных образований вряд ли можно признать целесообразным. Большинство вопросов местного значения, перечисленных в ст. 14–16 совпадают, т. е. их решение характерно для сельского, городского поселений, муниципального района, городского округа. Представляется более эффективным указание в

законе такого перечня одной статьей, в другой статье закона целесообразно дать уже перечень вопросов, отражающих специфику конкретного вида муниципальных образований.

В целом изучение федерального законодательства показало, что, несмотря на неоднократные реформы местного самоуправления, многочисленные этапы совершенствования законодательства в связи с разграничением полномочий, у органов местного самоуправления до сих пор отсутствуют необходимые правовые предпосылки для решения вопросов местного значения.

¹ См.: Васильев В.И. Местное самоуправление сегодня и завтра // Журнал российского права. 1997. № 8. С. 16.

А.А. Железинский

СОБЛЮДЕНИЕ ПРАВА ЧЕЛОВЕКА НА БЛАГОПРИЯТНУЮ ОКРУЖАЮЩУЮ СРЕДУ КАК ОСНОВНОЙ ПРИНЦИП ОХРАНЫ ОКРУЖАЮЩЕЙ СРЕДЫ

Право человека на благоприятную окружающую среду занимает центральное место в системе экологических прав. Впервые оно было провозглашено в Конституции Испании 1978 г. Возникновение его связано с глобальным экологическим кризисом, охватившим мир в последней четверти XX в.

Конституция РФ в ст. 42 закрепляет право каждого на благоприятную окружающую среду, достоверную информацию о ее состоянии и на возмещение ущерба, причиненного его здоровью или имуществу экологическим правонарушением. Это право закрепляется за каждым, т. к. в его реализации заинтересовано как все общество и государство, так и все международное сообщество в целом. Реализацию этого права законодатель не связывает с какими-то конкретными обстоятельствами (возрастной ценз, национальность, гражданство и т.д.), а только с нахождением на территории Российской Федерации.

Закрепив право на благоприятную окружающую среду, российская конституция подтвердила прогрессивные тенденции правового развития государства.

Также соблюдение прав человека на благоприятную окружающую среду закрепляется как приоритетный принцип в ст. 3 Федерального закона от 10 января 2002 г. № 7-ФЗ «Об охране окружающей среды»¹. Это очередной раз подтверждает, что право на благоприятную окружающую среду — одно из основных, естественных прав человека, затрагивающих основы его жизнедеятельности, связанные с поддержанием нормальных экологических, экономических, эстетических и иных условий его жизни.

Необходимость соблюдения данного права связана с тем, что оно занимает важное место в системе конституционных прав и свобод. Его нарушение влечет ущемление и других прав и свобод, закрепленных в Конституции РФ. Право на благоприятную окружающую среду находится в тесной взаимосвязи с такими правами и свободами, как: правом на жизнь (право на жизнь объективно будет обеспечиваться, и защищаться посредством обеспечения и защиты права на благоприятную окружающую среду²; правом на охрану здоровья; правом на достоинство личности, в части запрета любых опытов на человеке без добровольного согласия; правом на отдых; правом на труд в безопасных условиях (необходимость обеспечения благоприятных условий окружающей среды на рабочем месте); правом на жилище; правом на ознакомление с документами и материалами, непосредственно затрагивающими права и свободы человека и гражданина, если они содержат сведения, затрагивающие экологические права; правом на поиск, получение, передачу, производство и распространение информации любым законным способом в отношении экологической информации; правом на социальное обеспечение в случае болезни и инвалидности при наличии экологически обусловленных заболеваний; правом потерпевших от преступлений и злоупотреблений властью на доступ к

© А.А. Железинский, 2009

Аспирант Поволжской академии государственной службы им. П.А. Столыпина.

правосудию и компенсацию причиненного ущерба в случаях экологических правонарушений; правом на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц в случаях, связанных с действием экологических факторов.

Проанализировав взаимосвязь права на благоприятную окружающую среду и других прав человека и гражданина, можно сделать вывод, что право на благоприятную окружающую среду является базисом всей системы экологических прав граждан и соотносится с ними как цель и средства ее достижения. Иные экологические права служат гарантиями его реализации. Определение того, что понимается под правом граждан на благоприятную окружающую среду, необходимо для понимания содержания экологических прав вообще.

Для того чтобы раскрыть содержание данного права, необходимо дать определение понятия «благоприятная окружающая среда».

Легальное определение этого понятия содержится в ст. 1 Федерального закона «Об охране окружающей среды». Под ней понимается окружающая среда, качество которой обеспечивает устойчивое функционирование естественных экологических систем, природных и природно-антропогенных объектов.

К сожалению, данная статья не содержит определения «права на благоприятную окружающую среду», но, исходя из официального определения понятия «благоприятная окружающая среда», можно сделать вывод, что право на благоприятную окружающую среду — это возможность существовать при таком состоянии биосферы, которое обеспечивает устойчивое функционирование естественных экологических систем, природных и природно-антропогенных объектов.

В отечественной юридической науке нет единого мнения по поводу формулировки этого права, существуют различные варианты: право на благоприятную окружающую среду; право на здоровую окружающую среду; право на чистую, здоровую и благоприятную для жизни человека окружающую природную среду.

Необходимо отметить также, что на современном этапе развития общества реализация декларированных Конституцией РФ и другими нормативно-правовыми актами прав и свобод граждан является актуальной, сложной и важной задачей. Объясняется это тем, что дистанция между закрепляемыми правами и свободами и возможностью ими реально воспользоваться слишком велика.

Для реализации права на благоприятную окружающую среду необходимо предусмотренное Конституцией РФ и соответствующими законами функционирование всех правоохранительных и государственных систем, а также активность самих граждан и их объединений. Именно государство как носитель политической власти обладает особыми полномочиями, направленными на упорядочение своих отношений с гражданами, на обеспечение прав и интересов личности³. Поэтому государство обязано создавать условия для его реализации, а именно: указать конкретные юридические средства, а так же механизм реализации данного права. В противном случае осложняется его практическая реализация.

Основой деятельности граждан по реализации собственного права на благоприятную окружающую среду является право на получение достоверной информации о ее состоянии. Согласно Указу Президента РФ от 31 декабря 1993 г. № 2334 «О дополнительных гарантиях прав граждан на информацию»⁴ право на информацию — одно из фундаментальных прав человека.

Механизм реализации права на достоверную информацию о состоянии окружающей среды, с нашей точки зрения, должен выглядеть следующим образом:

1. Возникновение права на достоверную информацию о состоянии окружающей среды (данное право по Конституции РФ принадлежит каждому лицу, находящемуся на территории России независимо от возраста, национальности, расы, пола и т. д.).

2. Направление гражданином запроса в соответствующий государственный орган (или загрязнителю) с просьбой предоставить экологически значимую информацию — начало реализации.

3. Получение необходимой информации — заключительная стадия реализации.

Кроме того, право на достоверную информацию о состоянии окружающей среды обеспечивается и другими конституционными нормами:

ознакомление с документами и материалами, непосредственно затрагивающими права и свободы человека и гражданина (ч. 2 ст. 24 Конституции РФ);

поиск, получение, передача, производство и распространение информации любым законным способом (ч. 4 ст. 29 Конституции РФ);

установление ответственности должностных лиц за сокрытие фактов и обстоятельств, создающих угрозу для жизни и здоровья людей (ч. 3 ст. 41 Конституции РФ).

Одной из возможностей осуществления своего субъективного права на благоприятную окружающую среду является право на создание общественных экологических объединений, организаций. Данное положение вытекает из Конституции РФ, провозглашающий право каждого на объединение, включая право создавать профессиональные союзы для защиты своих интересов (ч. 1 ст. 30 Конституции РФ). Общественные и иные некоммерческие объединения, выполняющие экологические функции, имеют права в области охраны окружающей среды в соответствии со ст. 12 Федерального закона «Об охране окружающей среды», пользуются всеми экологическими правами, закрепленными за гражданами России, а также защищают права и законные интересы граждан в области охраны окружающей среды. Это право может быть использовано общественными объединениями при возбуждении искового производства, например, о прекращении деятельности, наносящей экологический вред населению, или производства по жалобе при оспаривании незаконных актов органов государственной власти, принятых с нарушением прав граждан.

Соблюдение со стороны государства права человека на благоприятную окружающую среду является одним из важнейших и необходимых предпосылок для утверждения в стране прочной законности и стабильного правопорядка.

Сущность данной формы реализации правовых норм состоит в том, что органы государственной власти РФ, органы государственной власти субъектов РФ, органы местного самоуправления в пределах своей компетенции воздерживаются от совершения действий, наносящих вред личности и обществу.

Подводя итог вышесказанному, хочется отметить, что сегодня российское законодательство является довольно прогрессивным в сфере охраны окружающей среды и обеспечения экологической безопасности, но, к сожалению, лишь в части декларирования экологических прав человека и гражданина.

Для решения уже существующих экологических проблем и недопущения возникновения новых законодатель, в первую очередь, должен конкретизировать конституционные положения, содержащие право на благоприятную окружающую среду, указать и детализировать пути и порядок его реализации, систему гарантий, а также способы защиты экологических прав.

¹ См.: СЗ РФ. 2002. № 2, ст. 133.

² Бринчук М.И. Экологическое право: учебник для ВУЗов. М., 2002. С. 133.

³ См.: Проблемы свободы и прав человека в современной идеологической борьбе. М., 1986. С. 35.

⁴ См.: Собрание актов Президента и Правительства РФ. 1994. № 2, ст. 74.

РЕЦЕНЗИИ

**И.Н. Сенякин,
Т.И. Хмелева**

РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ:

Волков А.В. Теория концепции «Злоупотребление гражданскими правами». — Волгоград: Изд-во Волгоградского ун-та, 2007. — 352 с.

Монография А.В. Волкова посвящена весьма важной и актуальной теме — злоупотреблению правом. К ней не раз обращались ученые-правоведы, но, к сожалению, она не получила убедительного обоснования в современной литературе. Это связано, в первую очередь, с увеличением объема договорных отношений, расширением границ осуществления правомочий гражданам России, эффективностью реализации их прав и свобод и устранением препятствий по обеспечению законных интересов.

Юридическая наука и практика связывают злоупотребление правом, прежде всего, с использованием субъектом своих прав в тех границах, которые ему предоставлены законом, в явном противоречии с их назначением и превышением пределов реализации этих правомочий. Одним словом, злоупотребление правом имеет место лишь в тех случаях, когда выход за пределы осуществления субъективного права связан исключительно с его целевым использованием во зло кому-либо или чему-либо. Такое поведение, как правило, осуществляется посредством исполнения, использования и применения. Соблюдение же — это воздержание от поступков, закрепленных действующим правом. Здесь субъект строго следует установленным нормам-запретам и не совершает действий, которые ему не дозволены. Поэтому злоупотребление правом посредством этой формы реализации лишено смысла. Используя свои права и свободы и злоупотребляя ими, граждане наносят ущерб обществу, государству, отдельной личности. Такое поведение относится к разряду правонарушений, ибо при злоупотреблении правом лицо выходит за пределы установленного законом объема субъективного права и тем самым нарушает другие нормы, устанавливающие пределы реализации права и предусматривающие неблагоприятные последствия за подобные поступки.

Причины всплеска «активности» злоупотребления правом могут быть обусловлены экономическими, политико-правовыми, культурно-нравственными факторами и т.д. Такое положение во многом объясняется экономическим и финансовым кризисом в стране, социальным напряжением в обществе.

Нерешение указанных проблем резко обостряет противоречия между государством и личностью, порождает региональные споры, конфликты и, как следствие, грубейшее попрание конституционных прав российских граждан приводит к тому, что россияне, должностные лица

© И.Н. Сенякин, 2009

Доктор юридических наук, профессор (Саратовская государственная академия права).

© Т.И. Хмелева, 2009

Кандидат юридических наук, доцент (Саратовская государственная академия права).

и само государство стремятся или вынуждены выходить за рамки своих полномочий, дабы обеспечить достижение поставленных целей в решении конкретных задач.

Элементами злоупотребления правом как особого вида нарушений являются: 1) наличие у лица субъективных прав; 2) деятельность или бездеятельность по их практической реализации; 3) целевая направленность использования этих прав в противоречии с их общественным назначением; 4) нарушение пределов реализации права; 5) причинение ущерба общественным либо личным интересам; 6) отсутствие нарушения конкретных юридических запретов либо обязанностей; 7) выявление факта злоупотребления компетентным правоприменительным органом; 8) наличие юридических последствий злоупотребления.

Примечательно, что злоупотреблять правом сегодня стало во многом даже выгодно, потому что, во-первых, последствия злоупотребления в современном законодательстве оговорены не совсем четко и однозначно; во-вторых, не всегда такие последствия носят чисто правовой характер; в-третьих, несовершенство российского законодательства порою «провоцирует» субъекта на такие действия, в которых он не усматривает состава злоупотребления правом, а соответственно, и последствий своего поступка. Налицо явная потребность в законодательном закреплении самого понятия «злоупотребление правом», его признаков.

Следует отметить, что проблема злоупотребления правом особенно активно обсуждается в цивилистической литературе. Еще дореволюционные ученые-цивилисты, такие как И.А. Покровский, Г.Ф. Шершеневич, В.И. Синайский, Ю.С. Гомбаров, И.И. Петражицкий и другие, единственной формой злоупотребления правом считали шикану.

В советский период весьма распространенной была точка зрения, согласно которой злоупотребление правом есть действие, происходящее за пределами не только субъективного гражданского права, но и вообще за пределами гражданского права в целом. Само же понятие «злоупотребление правом» считали лишенным правового смысла (С.Н. Братусь, Н.С. Малеин). В защиту понятия «злоупотребление правом» выступили ученые-цивилисты М.И. Бару и В.П. Грибанов и традиционно для тех времен рассматривали проблему с точки зрения шиканы, т. е. в контексте наличия злоупотребительных действий непосредственно в содержании самого субъективного гражданского права, ибо «злоупотребление правом есть особый тип гражданского правонарушения, совершаемого управомоченным лицом при осуществлении им принадлежащего ему права, связанный с использованием недозволенных конкретных форм в рамках дозволенного ему законом общего типа поведения»¹.

Большинство современных юристов существующие доктринальные определения злоупотребления правом не устраивают, поскольку они не дают надежных критериев для квалификации поведения лица в качестве злоупотребительного.

Автор рецензируемой работы изначально ставит цель не фрагментарно проработать данный вопрос, а скрупулезно провести научный анализ теории злоупотребления правом с выходом в такие смежные области знания, как философия, социология, психология, сдвигая в целом науку гражданского права к тому факту, что неправомерным может быть не только поведение, нарушающее конкретные нормы догматического права, но и поведение, нарушающее основополагающие «неписанные» принципы права. Сразу хочется оговориться, что в определенной мере ему это удалось.

Монография написана на основе действующего законодательства с использованием работ дореволюционных, советских и российских ученых-правоведов. Главы монографии структурно и логически взаимосвязаны.

В гл. 1 А.В. Волков пытается проследить историко-философское развитие принципа недопустимости осуществления гражданских прав в противоречии с их действительным назначением.

Критике подвергается определение злоупотребления правом, предложенное известным советским цивилистом В.П. Грибановым. Однако нельзя не заметить, что автор рецензируемой работы рассматривает проблему злоупотребления правом с иных позиций и в иных социальных условиях. В связи с этим упреки в адрес В.П. Грибанова представляются не всегда корректными. Между тем, несмотря на «тяжеловесное», как отмечает А.В. Волков, определение категории «злоупотребление правом», оно нашло свое закрепление во многих современных учебниках по гражданскому праву. Несомненно, в современных условиях проблема злоупотребления правом приобретает новые черты и не ограничивается лишь шиканой. Вместе с тем труды

советских цивилистов (М.И. Бару, В.П. Грибанова, В.А. Тархова и других) заложили основу для дальнейшего исследования проблемы злоупотребления гражданским правом.

Раскрывая содержание таких понятий, как «зло» и «добро», «свобода» и «воля», «интересы» и «потребности», А.В. Волков не без оснований отмечает, что любое субъективное право в своем высшем философском смысле — это свобода, возможности субъекта не только для себя, но «для» и «ради других». Злоупотребления этой свободой «для себя» и составляют социально-правовую природу того зла, которое причиняется при осуществлении права с нарушением его внутренних пределов. При этом в гражданском праве под злом понимается вред (ущерб), убытки либо нарушение или реальная угроза нарушения прав других субъектов права в любых формах. «Отдавать» в юридический мир субъекты могут уважительное отношение к правам других лиц, которое предполагает, как минимум, их соблюдение и запрет себе на их какое бы то ни было нарушение (с. 90).

Чтобы определиться с самим предметом злоупотребления, автор последовательно рассматривает понятия гражданского права в его объективном и субъективном смыслах и до состояния реализации юридических возможностей — правоотношения.

Исходя из выведенных теоретических положений, автор предлагает определять субъективное право как составную часть гражданского правоотношения, устанавливающую вид и меру поведения управомоченного лица, наделенного обязанностью не выходить за внутренние (нравственные) пределы своего правоосуществления (с. 163).

Более удачным представляется классическое определение субъективного права как обеспеченного нормами права меры дозволенного поведения управомоченного лица в отношениях с обязанными лицами.

Значительное место в монографии отведено анализу ст. 10 ГК РФ в системе гражданско-правовых норм. Несомненно, в данной статье в императивной форме сформулирован вытекающий из принципа юридического равенства (ст. 1 ГК РФ) отраслевой гражданско-правовой принцип добросовестного осуществления прав и исполнения обязанностей, т.е. запрет на злоупотребление правом. Неопределенность, нелогичность, недобросовестность в действиях участников гражданского оборота, наличие «скрытой» цели, эгоистического умысла и видимости использования гражданского права (обязанности) на стадии осуществления ими своих гражданских прав, отсутствие специальной регулирующей нормы права — все это относится к квалифицирующим признакам злоупотребительного поведения (с. 215).

Выделяя такие признаки злоупотребления гражданским правом, как: а) наличие у нарушителя скрытой незаконной цели (т.е. действие с субъективной стороны характеризуется как прямой умысел, намеренное, эгоистичное); б) недобросовестное использование в качестве средства для достижения незаконной цели того или иного инструмента гражданского права, что дает правоосуществлению форму внешней легальности; в) отсутствие либо невозможность использования в правоотношении специальных норм гражданского права, А.В. Волков предлагает авторское определение злоупотребления гражданским правом как «особого вида гражданского правонарушения, связанного с умышленным выходом управомоченного лица за внутренние пределы субъективного гражданского права (определяемые в т. ч. критериями разумности и добросовестности) для достижения своей незаконной скрытой цели с использованием юридического формализма гражданского права, как то: пробелы, оговорки, узор, противоречия правовых норм и договорных условий» (с. 222).

Вполне можно согласиться с таким определением. Но как верно подмечено автором монографии, «любое определение создает стереотип, который рано или поздно начинает тормозить развитие самого права. Нужно снова создавать новые нормы, которые не были охвачены выведенным определением» (с. 223).

Сравнивая такое правонарушение, как злоупотребление гражданским правом, со смежными институтами гражданского права — обязательствами вследствие причинения вреда, недействительными сделками, обязательствами вследствие неосновательного обогащения, автор верно отмечает, что субъектом по деликтному обязательству может быть как непосредственно причинитель вреда, так и иное лицо, указанное в законе. А сам субъект внедоговорной ответственности может быть освобожден от возмещения вреда, если он действовал в состоянии необходимой обороны или в состоянии крайней необходимости. При недобросовестном поведении субъектом злоупотребительных актов является сам абсолютно «сознательный» нарушитель чужих

прав, и ответственность за это переложить ему не на кого (с. 227). Сравнивая злоупотребление правом с обязательством вследствие неосновательного обогащения, А.В. Волков приходит к обоснованному выводу, что сравниваемые институты являются защитными мерами, отвечают за гибкость и эластичность гражданского права, способного с помощью исследованных норм вбирать в себя и в субсидиарном порядке регулировать нестандартные отношения.

В работе предложены различные критерии классификации форм злоупотребления правом. В результате анализа судебной практики выделены следующие виды злоупотребления правом:

- 1) злоупотребление полномочиями органов юридического лица;
- 2) злоупотребление правом на свободное формирование условий договора;
- 3) злоупотребление правом с помощью заключения гражданско-правовых сделок, направленных на уклонение от уплаты налогов либо на необоснованное возмещение из бюджета РФ;
- 4) злоупотребление правом при процедуре ликвидации должника (в т. ч. при проведении процедуры банкротства);
- 5) злоупотребление правом путем заключения сделок по реализации имущества, предназначенного к удовлетворению претензий кредиторов (в т. ч. сделки реорганизации юридического лица);
- 6) злоупотребление с помощью «абстрактных» гражданско-правовых сделок-векселей;
- 7) злоупотребление правом на зачет встречных требований (бездействие);
- 8) злоупотребление правом с помощью исков о признании сделок, актов недействительными (или «несостоявшимися»);
- 9) злоупотребление правом на отказ в защите права с помощью ст. 10 ГК РФ (злоупотребление «правом на право»);
- 10) злоупотребление иными способами защиты прав, предусмотренными и не предусмотренными ст. 12 ГК РФ (например, по сроку давности).

Несмотря на достаточно объемный перечень видов злоупотребления правом, его можно продолжать применительно к различным отношениям. Например, в юридической литературе предлагается разграничивать виды злоупотребления правом непосредственно в корпоративных отношениях². Много вопросов возникает и в связи с переходом права собственности от одних юридических лиц к другим. Зачастую это связано с рейдерством. Без изучения проблем злоупотребления правом в данной сфере трудно разработать и превентивные меры. Анализируя судебную практику, автор останавливается на этих вопросах. Между тем представляется, что в работе слишком много внимания уделено теоретическим вопросам в ущерб практическим.

Отдельные замечания не влияют на общую положительную оценку исследовательской работы А.В. Волкова. Монография представляет большой интерес для научных и практических работников, интересующихся проблемой злоупотребления гражданскими правами.

¹ Грибанов В.П. Осуществление и защита гражданских прав. М., 2000. С. 63.

² См., например: Токарев Д., Гончаров А. О злоупотреблении правом в отношениях коммерческих организаций // Хозяйственное право. 2008. № 4. С. 128.

Л.В. Санникова

РЕЦЕНЗИЯ НА МОНОГРАФИЮ:

Вавилин Е.В. Осуществление и защита гражданских прав. — М.: Волтерс Клувер, 2009. — 360 с.

Актуальность подготовки монографии, посвященной осуществлению и защите гражданских прав, не вызывает сомнения. Последние изменения российского законодательства и анализ правоприменительной практики свидетельствуют о необходимости совершенствования механизма осуществления субъективных прав и исполнения обязанностей.

© Л.В. Санникова, 2009

Доктор юридических наук, ведущий научный сотрудник Института государства и права Российской академии наук.

Работа основана на обширном научном и практическом материале, написана на высоком профессиональном уровне, отражает базовые характеристики исследуемого института. Структура работы и логика изложения материала позволяют раскрыть основные вопросы темы, способствуют решению поставленной цели исследования.

Е.В. Вавилиным предложена теория механизма осуществления и защиты гражданских прав, направленная на формирование основ гарантированного осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей.

Автором проанализированы понятия и корреспондирующие свойства субъективных гражданских прав и обязанностей. Установлены возможные сочетания субъективных прав и обязанностей в том или ином юридическом отношении. Рассмотрено соотношение категорий «осуществление гражданского права» и «исполнение гражданской обязанности» со смежными понятиями, в том числе правоотношением. Е.В. Вавилин пересматривает ряд устоявшихся в науке гражданского права понятий: «субъективное гражданское право», «гражданское правоотношение», «слабая сторона в обязательстве»; вводит новые правовые категории «благоприятная правовая среда», «целеполагающие принципы осуществления», «принципы-методы осуществления», которые складываются в единое представление о концепции гарантированного осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей.

Большое внимание уделено исследованию теоретических и практических проблем осуществления и защиты прав слабой стороны в обязательстве. Заслуживают внимания и поддержки выводы Е.В. Вавилина по формированию методологических основ выравнивания положения сторон, закрепления в гражданском законодательстве соответствующей концепции защиты прав «слабой» стороны.

В монографии представлена авторская классификация принципов осуществления гражданских прав и исполнения обязанностей: целеполагающие принципы и принципы-методы, установлена их сущность и содержание с позиции социальной ценности, функциональной роли и сферы действия.

Дана системная характеристика механизма осуществления и защиты гражданских прав: определено понятие механизма, его отличие от механизма правового регулирования и иных смежных институтов, исследованы структурные элементы механизма осуществления и защиты прав, установлены стадии (этапы) его непосредственного действия в широком и узком понимании. На убедительных примерах судебной практики проанализированы недостатки механизма реализации гражданских прав и исполнения обязанностей.

Работа характеризуется новизной, содержит оригинальные, представляющие научный и практический интерес выводы. Автор обосновывает конкретные предложения по совершенствованию отечественной цивилистической доктрины, действующего гражданского законодательства РФ.

Настоящая книга необходима научным работникам и студентам. Безусловно, представляет большой интерес для практикующих юристов.

С МЕЖВУЗОВСКОЙ СТУДЕНЧЕСКОЙ КОНФЕРЕНЦИИ

29 ноября 2008 г. кафедрой теории государства и права при поддержке проректора по научной работе Саратовской государственной академии права была проведена межвузовская научно-студенческая конференция «Проблемы развития современной российской государственности». Приветственное слово было предоставлено одному из самых видных и известных профессоров Академии права Михаилу Иосифовичу Байтину, который сказал, что ему приятно и волнительно выступать перед участниками конференции. Приятно потому, что за научными кружками по теории государства и права видится будущее юридической науки. А волнительно, потому что 68 лет назад, в конце ноября 1940 г., будучи студентом I курса Московского юридического института, он впервые выступил с докладом на заседании научного студенческого кружка на тему «Об определении государства в дореволюционной отечественной юридической литературе». Тогда ему довелось познакомиться с работами таких выдающихся российских ученых, как Н.М. Коркунов, Г.Ф. Шершеневич, Б.Н. Чичерин, Л.И. Петражицкий и др. Доклад получил высокую оценку и был отмечен в статье о научной работе Московского юридического института в журнале «Советское государство и право» (1941. № 4). Это стало его первым шагом в науке. С 1951 г. в течение многих лет М.И. Байтину довелось руководить студенческим кружком по теории государства и права Саратовского юридического института. В нем сделали первые шаги нынешние доктора наук, профессора В.М. Баранов, И.Н. Сенякин, А.А. Воротников, А.В. Аверин, О.И. Цыбулевская, Т.М. Пряхина, Г.Н. Комкова и др.

Студенты в научных студенческих кружках более углубленно и конкретно изучают предмет; теснее связывают теорию с практикой; вырабатывают умение работать с литературными, нормативными, социологическими источниками, обобщать практику. Кружок помогает молодому человеку раскрыться как личности, формирует умение осмысливать сложные явления жизни, учит формулировать свои мысли, развивать в себе чувство нового в поиске истины.

М.И. Байтин отметил важность проводимой конференции, посвященной проблемам развития современной российской государственности. Доклады, вынесенные на обсуждение, представляют интерес, потому что в настоящее время государственно-правовым проблемам уделяется недостаточно внимания. Требуются новые подходы в рассмотрении и оценке ряда принципиальных вопросов. Профессор М.И. Байтин пожелал успеха в работе конференции, в которой приняли участие студенты Саратовской государственной академии права, Саратовского государственного университета им. Н.Г. Чернышевского, Поволжской академии государственной службы им. П.А. Столыпина, Саратовского военного института внутренних войск МВД России, Саратовского юридического института МВД России.

Представленные на конференцию доклады посвящены актуальным, имеющим большое научно-практическое значение вопросам:

«Проблемы сохранения самобытности российской государственности в условиях глобализации» (докладчик — Белянина Диана Александровна, СГАП);

«Государственный суверенитет и право народов на самоопределение» (докладчик — Сергеев Иван Михайлович, СГАП);

«Экологическая функция современного российского государства» (докладчик — Видина Виктория Валерьевна, СГУ);

«Проблемы и тенденции развития российского федерализма» (докладчик — Власова Дарья Игоревна, СГАП);

«Социальная функция государства: правовая сущность и проблемы осуществления на современном этапе» (докладчик — Савело Михаил Владимирович, СГАП);

«Соотношение личности и государства» (докладчик — Ермоленко Андрей Сергеевич, ЮИПА);

«Соотношение прокуратуры и следственного комитета в Российской Федерации» (докладчик — Бегинин Дмитрий Алексеевич, СГАП) и др.

*Профессор кафедры теории государства и права
И.Н. Сенякин*

*Доцент кафедры теории государства и права
Е.А. Киримова*

В ДИССЕРТАЦИОННЫХ СОВЕТАХ

В феврале-марте 2009 г. В ГОУ ВПО «Саратовская государственная академия права» защищены диссертации:

на соискание ученой степени кандидата юридических наук

10 февраля 2009 г. — Демидовым Алексеем Сергеевичем на тему «Право и общественное мнение (вопросы теории)».

Специальность 12.00.01 — теория и история государства и права; история учений о праве и государстве.

Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор И.Н. Сенякин.

10 февраля 2009 г. — Судоргиной Ириной Николаевной на тему «“Государство”, “власть”, “личность” в государственно-правовой концепции Н.Н. Алексеева».

Специальность 12.00.01 — теория и история государства и права; история учений о праве и государстве.

Научный руководитель — доктор юридических наук, доктор философских наук, профессор О.Ю. Рыбаков

3 марта 2009 г. — Бугровой Татьяной Михайловной на тему «Право как средство демографической политики Российского государства (теоретический аспект)».

Специальность 12.00.01 — теория и история государства и права; история учений о праве и государстве.

Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор И.Н. Сенякин.

3 марта 2009 г. — Долгошеевым Иваном Сергеевичем на тему «Адвокатура как субъект правоотношений».

Специальность 12.00.01 — теория и история государства и права; история учений о праве и государстве.

Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор И.Н. Сенякин.

4 марта 2009 г. — Рогожиным Сергеем Петровичем на тему «Процессуальные особенности доказывания по делам, возникающим из таможенных правоотношений».

Специальность 12.00.15 — гражданский процесс; арбитражный процесс.

Научный руководитель — кандидат юридических наук, доцент Л.Н. Ракитина.

4 марта 2009 г. — Гришиной Яной Сергеевной на тему «Судопроизводство по неисковым делам, возникающим из земельных правоотношений».

Специальность 12.00.15 — гражданский процесс; арбитражный процесс.

Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор О.В. Исаенкова.

5 марта 2009 г. — Сычёвой Ольгой Александровной на тему «Тактика судебного действия».

Специальность 12.00.09 — уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность.

Научный руководитель — кандидат юридических наук, доцент С.Ю. Якушин.

5 марта 2009 г. — Булаевой Ольгой Валерьевной на тему «Особенности расследования убийств, совершенных по найму».

Специальность 12.00.09 — уголовный процесс, криминалистика и судебная экспертиза; оперативно-розыскная деятельность.

Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор В.И. Комиссаров.

17 марта 2009 г. — Хочояном Арой Гамлетовичем на тему «Основные направления правопонимания в советской юридической науке 20-х–30-х годов XX века».

Специальность 12.00.01 — теория и история государства и права; история учений о праве и государстве.

Научный руководитель — кандидат юридических наук, доцент А.П. Коробова.

17 марта 2009 г. — Кочубеем Иваном Сергеевичем на тему «Правовое регулирование льгот в области таможенного дела».

Специальность 12.00.14 — административное право; финансовое право; информационное право.

Научный руководитель — доктор юридических наук, профессор О.Ю. Бакаева.

31 марта 2009 г. — Халиулиным Вячеславом Есеновичем на тему «Согласование интересов субъектов права как предпосылка формирования гражданского общества в Российской Федерации».

Специальность 12.00.01 — теория и история государства и права; история учений о праве и государстве.

Научный руководитель — кандидат юридических наук, профессор В.Т. Кулапов.

АННОТАЦИИ SUMMARY

Теория государства и права Theory of State and Law

В.А. Летяев

Проблемы систематизации историографических знаний в области теории и истории права и государства

Рассматривается назначение историографии юриспруденции как отрасли научных знаний; определяются систематизационные категории историографии: философские течения, научные направления, научные школы, историографический метод, поколение в науке, историографический источник и историографический факт, историографическая концепция, преемственность в праве.

Ключевые слова: систематизация историографических знаний, теория и история государства и права, история учений о праве и государстве.

V.A. Letyayev

Problems of Historiography Knowledge Systematization

The function of Law historiography as a scientific branch is presented; systematizative historiographic categories: philosophic, scientific areas, schools, a historiographic method, science generation, a historiographic source, a historiographic fact, a historiographic conception, continuity in law are determined.

Key words: systematization of historiographic knowledge, theory and history of State and Law, history of State and Law theories.

О.М. Киселева

E-mail: kiselevaob6@mail.ru

Поощрительно-правовая система современной России как объект реализации поощрительно-правовой политики: понятие и сущность

В статье раскрываются понятие и сущность современной российской поощрительно-правовой системы; дается анализ ее структурных компонентов, позволяющий рассматривать ее как относительно устойчивую и самостоятельно функционирующую целостность. Важнейшим средством оптимизации поощрительно-правовой системы выступает поощрительно-правовая политика. Современное развитие российской правовой системы, действительное состояние поощрительно-правовой системы в новых экономических условиях, неуклонное расширение спектра поощрительного воздействия – факторы, актуализировавшие необходимость проведения системно-структурного анализа поощрительной социально-правовой действительности.

Ключевые слова: поощрительная правовая политика, поощрительное правотворчество, поощрительная юридическая практика, поощрительные правоотношения, поощрительные правовые нормы.

O.M. Kiseleva

Encouragement-Legal System of Modern Russia as the Object of Encouragement-Legal Policy Realization: Concept and Essence

The article is devoted to the present-day Russian incentive and legal system and is revealed its concept and matter. The analysis of structural components of the mentioned system prompting regards that it is a relatively persistent and self-acting integrity. The most important mean for optimization of incentive and legal system is incentive and legal policy. Present-day development of Russian legal system, actual state of incentive and legal system in new economic conditions, implacable enlarging of incentive impact's range these are the factors which actualized the necessity for system and structural analysis' carrying out of incentive social and legal efficacy.

Key words: encouraging legal policy, encouraging lawmaking, encouraging legal practice, encouraging legal relations, encouraging legal rules.

O.Ю. Кузнецова

Ценз как объект общетеоретического анализа

Статья содержит аргументацию научно-практической ценности общетеоретических исследований юридических цензов. Характеризуя данное явление, автор отходит от традиционного отраслевого подхода, выводит проблему на межотраслевой уровень познания. Анализируются актуальные проблемы функционального бытия изучаемого явления, обозначены перспективные направления его общетеоретического познания, намечены пути преодоления дефектности реализации в различных сферах правотворчества и правоприменения.

Ключевые слова: ценз, ценз образования, ценз здоровья, ценз оседлости.

O.Y. Kuznetzova

Qualification as the Object of the General-Theoretical Analysis

This article contains scientific and practical arguments of general theoretical research of juridical sensus. Characterising this phenomenon the author denies traditional branch approach and discusses this issue on the interbranch level. Actual issue on functional being of the studied phenomenon is described by the author. She points out perspective research of the problem, gives ways to overcome drawbacks of its realisation in different areas of law making and applying.

Key words: Sensus, education Sensus, health Sensus, settlement Sensus.

A.C. Лазарева

Юридический состав правомерного действия: к постановке проблемы

Данная статья посвящена проблеме состава юридического факта. Автор анализирует точки зрения советских и современных ученых. В статье сформулировано определение состава правомерного действия, определены признаки и элементы, которые образуют юридический состав сделки.

Ключевые слова: юридический факт, состав юридического факта, юридический состав правомерного действия, признаки и элементы, юридический состав сделки.

A.S. Lazareva

Legal Components of the Lawful Act as the Problem

The article covers the problem of juridical fact structure. The author analyses both Soviet and modern points of view. The article provides the definition of juridical action structure, explains features and elements forming the juridical structure of a deal.

Key words: juridical fact, juridical fact structure, juridical action structure, features and elements, juridical structure of a deal.

И.В. Гавриленко

E-mail: sseu.process@maul.ru

Вопросы правовопонимания в информационном обществе

В статье обсуждаются вопросы правовопонимания в информационном обществе. Основная идея статьи — право должно остаться гарантом прав человека, хотя само и может существенно трансформироваться.

Ключевые слова: информационное общество, понимание права, права личности, приватность, информационные базы данных.

I.V. Gavrilenko

Comprehension of Law in the Information Society

The main item of the article is the questions of understanding of law in database nation. Author thinks, it must stay the main guarantee of human rights being transforming itself.

Key words: database nation, understanding of law, human rights, privacy, databanks.

Конституционное право

Constitutional law

В.О. Белоносов

Толкование Конституционным Судом РФ норм уголовно-процессуального права

В статье анализируется специфика толкования Конституционным судом РФ норм уголовно-процессуального права и возникающие при этом проблемы. Игнорирование законодателем постановлений Конституционного суда РФ противоречит статутному характеру отечественного законодательства.

Ключевые слова: толкование, Конституционный суд, уголовно-процессуальное право.

V.O. Belonosov

Constitutional Court of the Russian Federation Interpretation of the Criminal-Procedural Law Rules

Specific character of interpretation the norms of Criminal Procedure Law by Constitutional Court of the Russian Federation as well as the problems which are appeared at work are analysed in this article. Ignorance by Law-maker the decrees of Constitutional Court of the Russian Federation contradicts to the statutory character of the Russian Legislation.

Key words: Interpretation, Constitutional Court, Criminal Procedure Law.

Е.В. Комбарова

E-mail: len.kom@rambler.ru

Конституционно-правовые процедуры разрешения разногласий между органами государственной власти Российской Федерации

В статье рассматриваются конституционные процедуры разрешения разногласий в системе органов публичной власти. Конституция РФ легализовала возможность противоборства различных субъектов права, предусмотрев правовые средства разрешения конфликтной ситуации. Автор рассматривает следующие из них, как принцип разделения властей, референдум и свободные выборы, парламентские, согласительные и судебные процедуры. Автор отмечает, что важным звеном в механизме разрешения споров публично-правового характера являются средства их профилактики. Аксиомой является формула, согласно которой конфликт проще предотвратить, чем потом разрешить.

Автор доказывает, что конституционно-правовые процедуры как способ разрешения разногласий между органами публичной власти является важнейшим и перспективным институтом коллизионного права, которые имеют важное социально-политическое значение. Сделаны рекомендации по совершенствованию российского законодательства.

Ключевые слова: разрешение разногласий, принцип разделения властей, согласительные процедуры, коллизионное право, предотвращение.

E.V. Kombarova

Constitutional-Legal Procedures of Disputes' Settlements Between the Organs of State Power of the Russian Federation

In article the constitutional procedures of the solution of disagreements in the system of public power bodies are considered. The constitution of the Russian Federation has legalised possibility of an antagonism of various subjects of the right, having provided legal means of the solution of a conflict situation. The author considers the following means: a principle of division of the authorities, a referendum and free elections, parliamentary, conciliatory and legal proceedings. The author notices that the important link in the mechanism of the solution of disputes of publicly-legal character are the means of their preventive maintenance. The formula according to which the conflict easier to prevent, than to resolve is an axiom.

The author proves that konstitutsionally-legal procedures as the way of the solution of disagreements between bodies of the public power is the major and perspective institute of a law of conflict which have the important sociopolitical value. The recommendation on perfection of the Russian legislation are done.

Key words: solution of disagreements, principle of division of the authorities, conciliation procedures, law of conflict, prevention.

B.B. Гаврилов

Конституционное толкование уголовного закона

Рассматривается вопрос о значении Постановлений Конституционного Суда РФ для правильного понимания и применения уголовного закона.

Ключевые слова: Конституция Российской Федерации, Конституционный Суд Российской Федерации, Уголовный кодекс Российской Федерации, толкование уголовного закона.

V.V. Gavrilov

Constitutional Interpretation of the Criminal Law

In's article is inspected the meaning of decisions of the Constitutional Court of the Russian Federation for the correct understanding and use of the penal law.

Key words: the Constitution of the Russian Federation, the Constitutional court, the Criminal code, interpretation of the criminal law.

P.M. Казаков

Отечество как объект конституционно-правовой защиты гражданина

Представленная статья посвящена формулированию и раскрытию содержания таких понятий, как «отечество», «защита отечества». Анализируя Главу 1 Конституции РФ 1993 г., автор выделяет ценности (элементы), входящие в понятие «Отечество», среди которых человек, его права и свободы, народ, суверенитет, территориальная целостность Российской Федерации.

В научной статье автор также обращает внимание на соотношение деятельности гражданина РФ по защите конституционного строя России и его роли как защитника Отечества. При исследовании определяются объекты защиты военнослужащего, которыми выступают конституционный строй, народ.

Ключевые слова: Отечество, воинская обязанность, военная служба, защита конституционного строя, защита Отечества.

R.M. Kazakov

Motherland as the Object of Constitutional-Legal Protection of a Citizen

The article presented by R.M. Kazakov is devoted to the formulation and the disclosure of the contents of such notions as "Motherland", "Motherland protection". Analyzing Chapter 1 of the Russian Federation Constitution 1993 the author points out the values (elements), that are included in the notion "Motherland", among which the man, his rights and freedoms, people, sovereignty, territorial integrity of Russian Federation.

In the scientific article the author also pays attention to the relations between the activity of Russian citizen on the protection of constitutional system (order) of Russia and his role as a motherland defender. In the process of research the objects of soldier protection such as constitutional system (order), people are defined.

Key words: motherland, military duty, compulsory service, protection of constitutional system, motherland protection.

М.Ю. Курдубанова

**Отставка как мера конституционно-правовой ответственности
Президента Российской Федерации**

В статье рассматривается вопрос об отставке как мере конституционно-правовой ответственности Президента Российской Федерации: понятие отставки, процедура, проблемы применения.

Ключевые слова: Президент Российской Федерации, полномочия, система органов государственной власти, привлечение к ответственности, конституционно-правовая ответственность.

M.Y. Kurdubanova

**Resignation as a Measure of the Constitutional-Legal Responsibility
of the President of the Russian Federation**

In the article considers the question about resignation as degree of constitutional and legal responsibility by President in Russian Federation: conception of resignation, procedure, problems of application.

Key words: President in Russian Federation, authority, system of public authority, bringing to account, constitutionally legal responsibility.

Л.В. Пирожкова

**Конституции и уставы российских субъектов
как источник конституционного права**

Проблематика статьи актуальна для отечественной конституционной теории и практики. Предметом исследования являются конституции и уставы субъектов Федерации в качестве источников конституционного права. Показано, что конституции и уставы являются основополагающими актами регионального законодательства и носят учредительный характер. Эти ведущие источники должны соответствовать Конституции Российской Федерации.

Ключевые слова: конституция (устав) субъекта Российской Федерации, суверенное государство, региональное законодательство, международное право, конституционный статус субъектов, правовая система, орган законодательной власти субъекта, равноправие субъектов, компетенция.

Pirozhkova L.V.

**Constitution and Russian Subjects Regulations
as the Source of the Constitutional Law in Russia**

The topic of this article is actual for the national constitutional theory and practice. The study object of the article is constitutions of Russian states as constitutional law sources. The oughter shows, that constitutions of Russian states are the basic regional laws, they have foundation character. This general sources of constitutional law must to be in accordance with Constitution of Russian Federation.

Key words: constitution of the state, sovereign State, legislation of the state, international law, constitutional status of the states, system of law, legislature of the states, states equality, competence.

Н.П. Новикова

E-mail: novikova-nina@list.ru

Публичные интересы как основа механизма защиты прав несовершеннолетних

В статье на основе анализа законодательного регулирования и практики правоприменения обосновываются возможности сотрудничества и формулируются принципы деятельности институтов

общества и государства в сфере защиты прав несовершеннолетних. Основная идея заключается в гармонизации интересов несовершеннолетнего, семьи, общества и государства в решении проблем подрастающего поколения в России.

Ключевые слова: права несовершеннолетних; механизм защиты прав несовершеннолетних; публичные интересы.

N.P. Novikova

Public Interests as the Basis of the Mechanism of the Minors' Rights' Protection

The article gives the recommendations for development of cooperation of society and state in the sphere of juvenile rights protection, resulting from existing legislation and law enforcement practice. The principles of cooperation of state bodies and public units are formulated. The main idea of the article is harmonization of interests of juvenile, family, community and state on the way of solving problems of young generation in Russia.

Key words: the rights of juvenile, the mechanism of juvenile rights protection; public interests.

Международное право и сотрудничество International Law and Cooperation

M.V. Опарина

Об источниках права вооруженных конфликтов (теоретико-правовой анализ «Права Женевы»)

После Второй мировой войны и победы над Фашизмом мировое сообщество достаточно серьезно обратилось к проблемам правового регулирования военных конфликтов. Появилась потребность в создании новой системы международного права, которое отвечало бы требованиям современных отношений в мировом сообществе. В статье приводится теоретический и практический анализ источников права военных конфликтов «Право Женевы».

Ключевые слова: Женевская конвенция, вооруженный конфликт, защита женщин и детей, раненые, больные, лица, потерпевшие кораблекрушение, медицинский персонал.

M.V. Опарина

About the Sources of Armed Conflicts ("Law of Geneva" theoretical-legal analysis)

After the Second World war and a victory over Fascism the world community has seriously enough addressed to problems of legal regulations of military confrontations. There appeared a necessity to create a new system of international law which would meet the requirements of the modern relations in the world community. Theoretically and legal analysis of the sources of the law of military confrontations "Law of Geneva" is presented in the article.

Key words: The convention of Geneva; The medical personnel; Confrontation; Protection of women and children; wounded man; sick; Persons, cast-away.

C.P. Абрамова

К вопросу о международном сотрудничестве при расследовании уголовных дел о торговле несовершеннолетними

Раскрывается роль международного сотрудничества и межведомственного взаимодействия правоохранительных и иных органов государственной власти различных государств в сфере борьбы с международной транснациональной преступностью.

Ключевые слова: международное сотрудничество, транснациональные преступления, торговля несовершеннолетними, преступные организации.

S.R. Abramova

**Certain Items of International Cooperation
while Investigating Criminal Cases Connected with Trade (Selling) of Children**

The article is devoted to the issues of problems concerning organization partnership between organs of investigation in Russia and foreigner countries. The base of this partnership its some international legal acts directed for combating illegal trade of youths. In the end inserted one positive example of international partnership in procedure investigation the criminal case.

Key words: international collaboration, transnational crime, trade children, criminal organization.

Хэ Минцзюнь

К вопросу о членстве в международных организациях

Исходя из наличия определенного объема прав и обязанностей, рассматриваются различные категории членства в международных организациях. Доказывается, что статус полноправного члена является единственной категорией статуса членства. Особое внимание уделяется статусу наблюдателя в международных организациях.

Ключевые слова: международная организация, государство-член, временный член.

Xce Mingtzuin

Membership in International Organizations

Various categories of international organizations membership are considered proceeding from the presence of certain scope of rights and responsibilities. The author proves that the status of a full member is the only category of membership status. The status of an observer in international organizations is paid attention to.

Key words: international organization, member State, provisional member.

Гражданское право

Civil Law

A.B. Волков

Классификация форм злоупотребления гражданскими правами

Статья 10 ГК РФ наряду с шиканой содержит ссылку на злоупотребление правом «в иных формах». Автор анализирует действующее законодательство и выявляет конкретные формы злоупотребления гражданским правом, уделяя особое внимание злоупотреблению права на защиту.

Ключевые слова: злоупотребление, гражданское право, классификация, шикана.

A.V. Volkov

Classification of Forms of Civil Rights Abuse

Alongside with chicanery, Art. 10 of the Civil Code of the Russian Federation mentions the abuse of rights "in other forms". The author explores such forms of abuse, focusing extensively on the abuse of the right of defense.

Key words: abuse, civil law, classification, chicaner, teaser.

A.M. Гаврилова

Разграничение договора поставки с некоторыми гражданско-правовыми договорами по предмету поставки и цели его использования

Статья посвящена анализу типовых и родовых признаков договора поставки, а также разграничению названного договора с договорами розничной купли-продажи, контрактации, мены и подряда на основе новейшего российского и зарубежного гражданского законодательства и практики их применения.

Ключевые слова: поставка, предмет поставки, правовая природа договора, разграничение договоров, поставщик, покупатель, предпринимательская деятельность, признаки договора поставки, цель приобретения товара, розничная купля-продажа, контракция, мена, подряд.

A.M. Gavrilova

Differentiation of the Delivery Contract with Certain Civil-Legal Contracts According to the Subject of the Delivery and the Object of Its Use

The article deals with the characteristic features of the contracts of delivery, its distribution with some other civil contracts: counterfeiting, cambium, labour contract. The author analyses the contractual nature due to the modern civil legislation of the Russian Federation and foreign legal system as well as legal practice.

Key words: delivery, object of supply, legal nature of contract, distribution of contracts, contractor, supplier, buyer, business, characteristics of delivery contract, objectives of obtaining goods, retail trade, counterfeiting, cambium, labour contract.

T.L. Davidovich

Юридическая природа права пользования жилым помещением членами семьи собственника

Статья посвящена исследованию юридической природы права пользования жилым помещением членами семьи собственника. Делается вывод о вещной природе права членов семьи. Автор предлагает внести изменения в ст.292 Гражданского кодекса Российской Федерации.

Ключевые слова: Гражданский кодекс Российской Федерации, юридическая природа, жилое помещение, право пользования жилым помещением, вещная природа, члены семьи собственника.

T.L. Davidovich

Legal Nature of Enjoyment Dwelling Right by the Owner's Family Members

The article is devoted to the investigation of legal nature of property owner's family members' right of use of living accommodation. The conclusion made that family members' right has property nature. The author points on the need to change article 292 of Civil Code of the Russian Federation.

Key words: Civil Code of the Russian Federation, legal nature, living accommodation, right of use of living accommodation, property nature, property owner's family members.

Ю.В. Поднавознова

Правовое значение договора о развитии застроенной территории: дефиниции, коллизии, перспективы применения

В статье речь идет о новеллах земельного и градостроительного законодательства, которые регламентируют новый договор о развитии застроенной территории. Автор указывает на актуальность темы исследования в связи с наличием большого количества ветхого и аварийного жилищного фонда. В этой исследовательской работе раскрывается правовая роль института развития застроенных территорий и проблемы практики его реализации.

Ключевые слова: аукцион, коммерческий застройщик, инвестор, предоставление земельного участка, изъятие земельного участка.

Y.V. Podnavoznova

Legal Meaning of the Contract on Progressing the Developed Territory: Definitions, Collisions, Perspectives of Application

In article author shows stories of the ground and town-planning legislation which regulate new contract about development of the buildup territory. The author specifies an urgency of this research work in connection with presence of a plenty of shabby and emergency available housing. In this research work one can find the legal role of ground institute development of the buildup territory and the problems of realization.

Key words: auction, development, investor, allocation of land, exception of land.

Э.Х. Рахимов

E-mail: ok@overta.ru

Роль гражданско-правового регулирования государственного заказа

В статье рассматриваются предпосылки для изучения государственного заказа как правового явления. Акцент сделан на необходимости выбора и учета цивилистической догматики при исследовании отношений, связанных с правовым регулированием государственного заказа.

Ключевые слова: государственный заказ, цивилистическая доктрина, правовое явление.

E.H. Rakhimov

Certain Questions of the Civil Regulation Role of the State Order

In this article prerequisites for research of State order (state purchase) are considered as a legal phenomenon. The necessity of choice and taking into account of civil doctrine under research of relations, connected with legal regulations of State order (purchase), was the main underlined theses.

Key words: State order (purchase), Civil doctrine, Legal phenomenon.

А.А. Серветник

Договорная природа прощения долга

Рассматриваются спорные позиции учёных о необходимости согласия должника на прощение долга. На основе критического анализа аргументов признания прощения долга односторонней сделкой делается вывод о договорной природе этой сделки.

Ключевые слова: договорная природа, прощение долга, односторонняя сделка, двусторонняя сделка.

A.A. Servetnik

Contractual Nature of the Bad Debt

The article deals with the disputable points of view of scientist on the problem of necessity to get debtor's consent to debt free cancellation. Analyzing critically the arguments that debt free cancellation is a unilateral transaction the author comes to the conclusion that this transaction is of contractual nature.

Key words: contractual nature, debt free cancellation agreement, a unilateral transaction, a bilateral transaction.

О.Л. Серегина

E-mail: olgafilimonova@yandex.ru

К вопросу о применении срока исковой давности к иску о признании права собственности

Статья посвящена дискуссионному вопросу, связанному с признанием права собственности в науке и законодательстве. Автор доказывает то, что по искам о признании права собственности должны быть применимы общие требования к возможности реализовать принудительную защиту нарушенного права лица.

Ключевые слова: иск, признание, собственность, права, общие требования.

O.L. Seregina

Certain Question of the Application of the Limitation of Action Term Concerning Allowance of the Property Right

The article by is topical due to the debatable character of situation with acknowledgement of property rights in law and legislation.

The author substantiates that for claims of acknowledgement of property rights general prescription must be applicable, so that an individual may defend their violated rights by measures of compulsion.

Key words: Claim, Acknowledgement, Property, Rights, general prescription.

Гражданский и арбитражный процесс Civil and Arbitrary Proceedings

А.Н. Кузбагаров
E-mail: *ashat69@mail.ru*

К вопросу о примирении сторон по конфликтам, возникающим из публично-правовых отношений

В статье рассматривается вопрос о возможности урегулирования конфликтов, основанных на противоречии его сторон, которые состоят в неравных материальных правоотношениях имущественного характера.

Ключевые слова: конфликты, противоречия, правоотношения.

A.N. Kuzbagarov

Certain Items of Conciliation of the Parties in the Conflicts Arising from Public-Legal Relations

The main thesis of this article is considered with an ability of conflicts regulating method, that based on parts contradiction, which are in inequality material legal relations of property disposition.

Key words: conflicts, contradiction, legal relations.

Т.А. Григорьева, С.А. Семикина

Соответствие актов арбитражных судов установленным требованиям Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации как одно из средств повышения их эффективности

В настоящее время существует проблема несоответствия вынесенных актов арбитражного суда установленным требованиям, закрепленным в ч. 3 ст. 15 АПК РФ (законность, обоснованность и мотивированность). Не выполнение этих требований приводит к принятию неэффективного акта, подрывающего авторитет судебной власти, не исполняющего защиту оспоренных, нарушенных прав и свобод субъектов, осуществляющих предпринимательскую или иную экономическую деятельность. В статье дается полный анализ каждого требования, предусмотренного в АПК РФ, а также предлагается ввести дополнительное требование — полнота. Проводится анализ последствий принятия актов судов, несоответствующих предъявляемым требованиям.

Ключевые слова: акты арбитражного суда, установленные требования, средство повышения, законность, обоснованность и мотивированность.

Grigorieva T.A., Semikina S.A.

Conformity of Arbitration Courts Acts with the Established Requirements of APC RF as One of the Means of Increasing Its Effectiveness

Now there is a problem of discrepancy of the born acts of arbitration court to the established requirements fixed in p. 3 items 15 APK of the Russian Federation (legality, validity and motivation). Not performance of these requirements leads to acceptance of the inefficient act, undermining authority of judicial authority, not realizing protection of the challenged, broken rights and freedom of the subjects who are carrying out enterprise or other economic activities. In article the full analysis of each requirement stipulated in APK of the Russian Federation is given, and also it is offered to enter the additional requirement — completeness. The analysis is carried out of consequences acceptance of acts of the courts inappropriate to showed requirements.

Key words: the acts of arbitration court, the established requirements, the means of increase, the legality, the validity and the motivation.

Ю.В. Ефимова

Прокурор как субъект гражданских процессуальных правоотношений

Статья посвящена исследованию вопроса участия прокурора в гражданском судопроизводстве. Анализируется процессуальное положение прокурора в гражданском судопроизводстве, приводится классификация процессуальных прав и обязанностей прокурора в гражданском судопроизводстве.

Ключевые слова: прокурор, гражданское судопроизводство, процессуальное положение прокурора, процессуальные права, процессуальные обязанности.

Y.V. Yefimova

Public Prosecutor as the Subject of Civil Procedural Legal Relations

The article is devoted to the study of procurator's participation in civil proceedings. The author analyses the proceeding role of a procurator in civil procedure. The classification of procedural rights and duties of a procurator is suggested.

Key words: public prosecutor, civil legal proceedings, procedural position of the public prosecutor, procedural rights, procedural duties.

Е.Г. Семенова

Современный этап развития адвокатуры, как структуры гражданского общества

Рассматриваются основные направления развития отечественной правовой системы; перечень процессуальных и иных гарантий и принципов обеспечения правового статуса личности, содержащийся в Конституции РФ.

Ключевые слова: адвокатура, гражданское общество, общественный союз, юридическое мнение.

E.G. Semenova

Modern Stage of the Bar Development as the Structure of the Civil Society

In the system of institution of the civil society, the Bar takes a special place, as it is a professional, voluntary, persons' union, which owns law meanings.

Key words: the Bar, civil society, persons' union, law meanings.

Н.С. Бандорина

К вопросу об участии органов исполнительной власти в гражданском судопроизводстве

Автор определяет, какие органы исполнительной власти могут участвовать в гражданском и арбитражном судопроизводстве, исследует их процессуальное положение и состав.

Ключевые слова: органы исполнительной власти, гражданское судопроизводство, арбитражное судопроизводство.

N.S. Bandorina

Participation of the Executive Bodies in the Civil Litigation

The author defines the participation of the executive bodies in the civil and arbitrary proceedings, examines their character and structure.

Key words: executive bodies, civil procedure, arbitrary procedure.

Е.О. Плеханова

Основные требования, предъявляемые к судебному решению

Устанавливаются основные требования, предъявляемые к судебному решению в соответствии с нормами Арбитражно-процессуального кодекса Российской Федерации. Определяются понятия законности, обоснованности и мотивированности как обязательных требований, предъявляемых к судебному решению. Указываются последствия нарушения данных требований в виде возникновения оснований для отмены судебных решений вышестоящими судебными инстанциями.

Ключевые слова: судебное решение, судебный акт, правовая норма.

E.O. Plekhanova

Basic Requirements the Court Adjudication Must Meet

It is established the main qualifying requirements for a court decision in accordance with the norms of the Arbitration Procedure Code of the Russian Federation. It is determined definitions of legality, validity, justness and motivation as mandatory requirements for a court decision. It is indicated the consequences of violation of these requirements in the form of accrual of cause for reversal of judgement by the superior degree of jurisdiction.

Key words: adjudication, judicial act, legal rule.

A.A. Першин

К вопросу о понятии гражданской процессуальной формы

С принятием Гражданского процессуального кодекса РФ возрос интерес к гражданской процессуальной форме. Между тем, затрагивая различные стороны данного вопроса, авторы пока еще не выработали единой дефиниции гражданской процессуальной формы, являющейся основой для ее изучения. Поэтому автор данной статьи, исходя из диалектической связи гражданского права с гражданским процессуальным правом, делает попытку определить понятие гражданской процессуальной формы.

Ключевые слова: гражданская процессуальная форма, изучение процессуальной формы, диалектическая связь, характерные черты процессуальной формы.

A.A. Pershin

The Concept of the Civil Procedural Form

On the adoption of Civil Procedural Code of the RF the interest in civil procedural form has increased. Meanwhile, considering various sides of this question, the authors haven't yet developed a single definition of civil procedural form which would be the basis for its study. So the author of the article given makes an attempt to define the concept of civil procedural form proceeding from dialectic link of civil law with civil procedural law.

Key words: civil procedural form, procedural form study, dialectic link, characteristic features of procedural form.

С.Г. Седышев

E-mail: sergey-sgap2003@rambler.ru

К вопросу о сущности арбитражной процессуальной формы

Арбитражная процессуальная форма содержит свод правил, определяющих урегулирование юридических вопросов по экономическим спорам. Вышеупомянутая научная категория будет, вероятно, интересна для ученых из-за того, что по данному вопросу существуют различные мнения. Арбитражная процессуальная форма как форма деятельности арбитражного суда по отправлению правосудия в экономической сфере определяется принципиальными положениями, в соответствии с которыми арбитражный процесс представляет собой форму деятельности института специальной юрисдикции, что лежит в основе арбитражного суда. Кроме всего этого, в этой статье принципы арбитражной процедурной формы рассматриваются как исторически сформировавшиеся категории, которые являются отражением экономических и социальных отношений, делая возможным оценку внутренних путей развития такого законодательного явления как арбитражная процессуальная форма.

Ключевые слова к статье: арбитражная процессуальная форма, экономическое правосудие, экономическая сфера, принципы арбитражного процесса.

S.G. Sedyshev

The Essence of the Arbitration Procedural Form

Arbitration procedural form contains a body of rules defining settlement of justice on economic disputes. The above mentioned scientific category proves to be rather interesting for scientists due to the fact that there are different points of view on this matter. Arbitration procedural form as a form of

arbitration court activity on administration of justice in the economic sphere is determined by principal provisions according to which the arbitration process as a form of activity of special jurisdiction body that is arbitration court is built up. Besides all this in the article mentioned above the principles of arbitration procedural law are discovered as historically formed categories which are the reflection of economic and social relations of the polity making it possible to evaluate the internal ways of such a legal phenomenon as arbitration procedural form.

Key words: arbitration procedural form, economic disputes, economic sphere, principles of arbitration procedural law.

Финансовое, банковское и таможенное право Financial, Banking and Customs Law

М.А. Шаповалов

E-mail: mihauch@yandex.ru

Система источников банковского права Франции. Возможности использования положительного зарубежного опыта

Статья посвящена исследованию системы источников банковского права Франции, где данная отрасль права законодательно отграничена в отдельную сферу правового регулирования.

В настоящее время вопросы о содержании системы российского финансового права и о месте банковского права являются дискуссионными, и изучение зарубежного опыта в данной отрасли актуально.

Ключевые слова: банковское право, Банк Франции, банковская деятельность.

М.А. Shapovalov

The System of the Sources of the Banking Law in France. Possibilities of Using Positive Foreign Experience

The article is devoted to the investigation of system of sources of banking law in France, where this branch of law is a separate sphere of legal regulation.

Actuality the question about content of finance law and about the place of banking law is open to discussion and study of foreign practices in this branch is pressing.

Key words: bank law, Bank of France, banking.

М.В. Быкова

E-mail: marishka_m1981@list.ru

Субъекты лизинговой деятельности в налоговых правоотношениях

Статья посвящена субъектам лизинговой деятельности в налоговых отношениях; анализируется обзор деятельности лизинговых компаний Западной Европы и США, ведущих лизинговых компаний РФ; рассматриваются существующие в юридической литературе и законодательстве определения понятий субъектов лизинга; налоговые обязательства субъектов лизинга и условия предоставления налоговых льгот участникам лизинговой деятельности.

Ключевые слова: лизинг, лизинговые правоотношения, субъекты лизинговых правоотношений, лизингодатель, лизингополучатель.

М.В. Bykova

Subjects of the Leasing Activity in the Framework of Tax Legal Relations

Clause is devoted to subjects of leasing activity in tax attitudes. At a writing of clause the analysis of reviews of activity of the leasing companies of the Western Europe and the USA, the leading leasing companies of Russia is lead. In clause are considered existing in the legal literature and the legislation of definition of concepts of subjects of leasing: лизингодатель, лизингополучатель, the seller (sup-

plier). Tax obligations of subjects of leasing and a condition of granting of tax privileges are separately considered by the participant of leasing activity.

Key words: Leasing, leasing legal relation, subjects of leasing legal relation, lessor of leasing, leaser of leasing.

И.А. Кранчева

Обращение взыскания на заработную плату, перечисляемую на банковский счет

Рассматриваются актуальные проблемы банковского права в части исполнения банками и другими кредитными организациями законных требований судебных приставов-исполнителей.

Ключевые слова: банковская система, заработная плата, должник, счет, арест, постановление.

I.A. Krancheva

Turning Recovery of Penalty Onto the Salary Placing to a Bank Account

This article is sent to the actual problems of a bank law in a part of execution of banks and other organizations the legal demands of officers of the law.

Key words: banking system, wage, debtor, calculation, arrest, resolution.

М.Н. Сорокина

Таможенные реформы России XIX века: правовой аспект

Автор статьи рассматривает проблемы таможенной политики, с которыми столкнулась Россия в XIX веке. Для того, чтобы укрепить политику, были приняты ряд более строгих таможенных тарифов.

Значительное внимание автор уделяет деятельности Менделеева как куратора процесса принятия новых таможенных тарифов.

Именно он предложил облагать таможенной пошлиной импортируемую и экспортируемую продукцию.

Ключевые слова: таможенный тариф, облагать пошлиной, экономические интересы, деятельность, торговые отношения, взаимоотношения стран.

M.N. Sorokina

Tax Reforms in Russia in XIX c.: Legal Aspect

The author of the article deals with the problems of customs policy which Russia faced in XIX century. In order to make this policy stronger several customs tariffs were adopted.

Much attention the author pays to the activity of D.I. Mendeleyev, as the guide of the process of adoption of new customs tariffs.

It was he who suggested both exported and imported goods to be levied taxes.

Key words: customs tariff, to levy, economic interests. activity, trade relations, countries' interrelations.

Уголовное право и криминология Criminal Law and Criminal Science

М.С. Рыбак, А.П. Алёшина

Судимость и рецидив преступлений

В статье исследовано понятие и вопросы соотношения судимости и рецидива преступления. Предлагаются правовые меры, направленные на совершенствование уголовного законодательства России.

Ключевые слова: рецидив преступлений, судимость, криминальное поведение, уголовная ответственность.

M.S. Rybak, A.P. Alyoshina
Criminal Record and Criminal Recidivism

The concept and issues of convictions and crime recidivism correlation are studied. Legal measures directed at the perfection of criminal legislation in Russia are suggested.

Key words: crime recidivism, convictions, criminal behavior, criminal amenability.

В.И. Третьяков

К вопросу о криминологическом измерении современного состояния организованной преступности в России

В статье рассматриваются проблемы совокупного криминологического анализа показателей, отражающих структурные и функциональные характеристики бандитизма и преступных сообществ, позволяющие сделать статистическую картину организованной преступности наиболее информативной.

Ключевые слова: организованная преступность, криминологический анализ, бандитизм, преступные сообщества.

V.I. Tretyakov

Criminological Measurement of the Modern Situation of the Organized Crime in Russia

The article pays attention to the problems of the cumulative criminological analysis of the indicators reflecting the structural and functional characteristics of banditry and criminal groupings that allow making the statistical picture of the organized crime more informative.

Key words: organized crime, criminological analysis, banditry, criminal groupings.

А.П. Алексеева

Частная криминологическая теория предупреждения преступности в сфере профессионального спорта

В статье анализируется преступность в сфере профессионального спорта, исходя из классификации ее на три вида: преступность профессиональных спортсменов, связанная с их непосредственной спортивной деятельностью; преступность профессиональных спортсменов, не связанная с их непосредственной спортивной деятельностью; преступность иных лиц, связанная со спортивной деятельностью профессиональных спортсменов.

Ключевые слова: Криминологические теории, частная криминологическая теория, предупреждение преступности, преступность профессиональных спортсменов.

A.P. Alexseeva

Specific Criminological Theory of Prevention Crime in the Sphere of Professional Sport

Article concerns criminality in professional sport sphere. There are three sphere of such criminality: criminal activity of professional sportsmen within their sports activity; criminal activity of professional sportsmen outside their sports activity; other subjects criminal activity related to professional sport activity.

Key words: Criminological Theories, private criminological theory, criminality of the professional sportsmen, prevention of crimes in the sphere of sport.

Е.В. Королева

Классификация осужденных к лишению свободы и прогрессивная система отбывания наказания

В статье представлены различные виды классификаций осужденных к лишению свободы, их основания и критерии, а также характеристики осужденных в зависимости от вида совершенного преступления.

Ключевые слова: классификация, осужденный, лишение свободы, исполнение наказаний, исполнение наказаний, преступление.

E.V. Korolyova

Classification of Persons Sentenced to Imprisonment and the Progressive System of Serving Sentences

The question connected with the classification of convicted to imprisonment and enforcement of progressive system of implementing to them are touched upon in this article.

Key words: classification, convict, deprivation of liberty, execution of punishment, crime.

H.H. Брякин

Криминологический анализ детерминантов взяточничества

В целях эффективного противодействия взяточничеству выявляются факторы, влияющие на причину его возникновения и интенсивного распространения в настоящее время; вскрываются причины этого негативного явления в России; устанавливается связь между взяточничеством и детерминантами, его порождающими.

Ключевые слова: взяточничество, причины взятки, латентность (скрытость), законодательство, гражданское общество, судебная система.

N.N. Bryakin

Criminological Analysis of Bribe-Taking Determinants

Analyzing the situation in modern Russia one can say that this negative phenomenon (we mean the bribery) is very spreaded because of tendency and transitional stages. There is a connection between the bribery and the determination. And this connection is double-sided. The bribery is an effect and the reason of government undevelopment. The main reason of the bribery is the official self — interest for a person who receives it and business, everyday self-interest for a person who gives it.

Key words: the bribery, cause of bribery, latent, legislation, civil society, judicial system.

E.H. Иванова

Освобождение от уголовной ответственности за дачу взятки на основании примечания к статье 291 Уголовного кодекса Российской Федерации: несовершенство существующей нормы

Рассматриваются варианты освобождения от уголовной ответственности взяткодателя. Анализируется позиция законодателя по этому вопросу.

Ключевые слова: коррупция, вымогательство взятки, добровольное сообщение, освобождение от уголовной ответственности, деятельное раскаяние, обстоятельства, исключающие преступность деяния, посткриминальное поведение.

E.N. Ivanova

Exoneration from the Criminal Responsibility for Giving Bribe on the Basis of Art. 291 CC RF: Imperfection of the Existing Rule

The article is devoted to one of the most actual problems of the Russian criminal law. In article the author considers that in the note for the item 291 of the Russian Federation Criminal Code the bases of clearing of the criminal liability for bribery, specifying thus on imperfection of its separate positions connected with a question of the voluntary message on actually taken place bribery as the basis for clearing the briber from the criminal liability.

Key words: corruption; extortion of a bribe; the voluntary message; clearing of the criminal liability; active repentance; the circumstances excluding criminality of act; postcriminal behaviour.

B.C. Уманец

Целесообразность при неприменении дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного

Неприменение дополнительного вида наказания, предусмотренного в качестве обязательного, является новым институтом уголовного законодательства РФ. Проблема дискуссии – целесообразность применения или неприменения этой формы более мягкого вида наказания. Суды зачастую

пренебрегают целесообразностью. Однако целесообразность применения или неприменения дополнительного вида наказания, предусмотренного как обязательного является краеугольным камнем эффективности применения наказания.

Ключевые слова: назначение наказания, целесообразность наказания, неприменение наказания, смягчение наказания, обязательное наказание, дополнительное наказание, эффективность наказания, неотвратимость наказания, справедливость наказания, индивидуализация наказания, законность наказания, цели наказания, виды наказания, сущность преступления, общественная опасность, поведение субъекта.

V.S. Umanetz

Expedience while Non-Application of the Extra Punishment Stipulated as the Obligatory

Non-application of additional punishment provided as mandatory penalty is a new institution in the criminal law legislation of the Russian Federation. The basis of the discussion is on the expediency of application or non application of this form of a more lenient punishment. Courts frequently neglect the law of expediency. However, expediency of application or non-application of additional punishment provided as mandatory penalty is the kernel of penal effectiveness.

Key words: infliction of punishment, expediency of punishment, non-application of punishment, mitigation of punishment mandatory penalty, compulsory punishment, additional punishment, efficiency of punishment, inevitability of punishment, fairness of punishment, individualization of punishment, legality of punishment, aims of punishment, types of punishment, essence of punishment, public danger, subject's conduct.

Л.А. Есина

Некоторые вопросы квалификации хулиганства

В статье раскрываются объективные и субъективные признаки преступления, предусмотренного ст. 213 УК РФ, а также особенности его квалификации. Содержится полемика с законодателем в части применения рекомендаций постановления Пленума Верховного Суда РФ от 15 ноября 2007 г. № 45 «О судебной практике по уголовным делам о хулиганстве и иных преступлениях, совершенных из хулиганских побуждений». Вносится ряд предложений, направленных на совершенствование борьбы с данным видом преступности.

Ключевые слова: хулиганство, общественный порядок, преступление, вопросы квалификации.

L.A. Esina

Certain Questions of the Hooliganism Classification

Objective and subjective signs of the crime specified in Article 213 of the Criminal Code of the RF as well as the peculiarities of its qualification are presented. Polemics with the legislator in the field of recommendation enforcement of the Plenary Meeting of the Supreme Court resolution of November 15, 2007, № 45 "On Judicial Practice in Criminal Cases on Hooliganism and Other Crimes Committed on Hooliganism Incentives" is contained. A number of proposals directed at strengthening the struggle against this kind of criminality is presented.

Key words: hooliganism, public order, crime.

Н.И. Насиров

К вопросу о правовом регулировании свиданий и встреч осужденных к лишению свободы

В работе рассматриваются свидания и встречи осужденных с родственниками, адвокатами и иными лицами. Проводится сравнительный анализ норм пенитенциарного законодательства некоторых стран-участников СНГ.

Ключевые слова: свидания (встречи), адвокат, осужденные, наказание, лишение свободы.

N.I. Nasirov

Certain Items of the Legal Regulation of Visits and Meetings with the Persons Sentenced to the Deprivation of Liberty

The author studies meetings of the convicted condemned with relatives, lawyers and others. The comparative analysis of penitentiary legislations norms of some countries – members of the CIS is carried out.

Key words: appointment (meeting), lawyer, condemned, punishment, imprisonment.

Ж.В. Тришина

Особая жестокость, как признак объективной стороны преступлений

В статье раскрывается этимологическое значение понятия «особая жестокость»; анализируются рекомендации постановления Пленума Верховного Суда РФ от 27 января 1999 г. № 1 «О судебной практике по делам об убийстве (ст. 105 УК РФ)». Анализируются различные точки зрения на дефиницию «насилие», предлагается авторский вариант дефиниций «насилие» и «особая жестокость»; вносятся ряд предложений, направленных на совершенствование борьбы с данным видом преступности.

Ключевые слова: особая жестокость, насилие, общественная безопасность, преступление.

Z.V. Trishina

Wild Cruelty as the Sign of the Objective Side of Crimes

Etymological meaning of the concept “particular atrocity” is revealed in the article; recommendations of the resolution №1 of the Plenary Meeting of the Supreme Court of the Russian Federation of January 27, 1999 “On Judicial Practice in Murder Cases (article 105 of the Criminal Code of the RF)” are analyzed. Different points of view on “violence” definition are analyzed, the author’s version of the definitions “violence” and “particular atrocity” are suggested; a number of proposals directed at the improvement of struggle against this kind of crimes is put forward.

Key words: particular atrocity, violence, public security, crime.

**Уголовное право и криминология
Criminal Procedure and Criminal Science**

С.Л. Кисленко

Пределы уголовного преследования в российском законодательстве: проблемы теории и практики

Дается анализ современного состояния института уголовного преследования в российском законодательстве. Исследуются вопросы, касающиеся его начального и конечного момента в уголовном судопроизводстве. На основе анализа норм УПК РФ автор предлагает свое определение уголовного преследования.

Ключевые слова: уголовное преследование, возбуждение уголовного дела, признаки преступления, государственное обвинение.

S.L. Kislenko

Limits of Criminal Prosecution in the Russian Legislation: Problems of Theory and Practice

Reveals analysis of modern condition of criminal prosecution institute in Russian legislation. Analyzed the matters consider its primary and final stages in criminal procedure. The author gives his own definition of criminal prosecution based on the Russian Federation Criminal Procedure Code analysis.

Key words: criminal prosecution, criminal responsibility, features of crime, governmental accusation.

А.А. Кухта

К вопросу о едином и двойном понимании доказательства в науке уголовного процесса

Анализируются различные точки зрения и авторское понимание термина «доказательство».

Ключевые слова: доказательство, источник, факт, обстоятельство, довод.

A.A. Kukhta

**About the Question of Uniform and Twofold Understanding
of Proof by the Science of Criminal Procedure**

It is necessary to include in concept of the proof not only the facts, but also those remedial sources provided by the law from which investigation agencies bodies and court receive data on the facts important for the case. Evidence has been well defined – any matter of fact, the effect, tendency, or design of which is, to produce in

the mind a persuasion, affirmative or disaffirmative, of the existence of some other matter of fact. The proof is the fact, i.e. authentic data which matters for an establishment any of. The fact sought to be proved. Proofs can be received any not forbidden law in the way from witnesses, real evidence and documents.

Key words: proof, source, fact, circumstance, argument.

М.Т. Аширбекова

E-mail: madina.@55mail.ru

О теоретической конструкции принципа публичности уголовного процесса

Несмотря на то, что принцип публичности (*ex officio*) не закреплен в уголовно-процессуальном законодательстве, автор считает, что он остается в системе принципов современного уголовного процесса. Предлагается авторская теоретическая конструкция принципа публичности. Эта конструкция объединяет элементы (положения), которые детерминируют качество применения норм закона в ходе уголовного процесса. На основе предлагаемой теоретической конструкции формулируется понятие принципа публичности.

Ключевые слова: принцип публичности, правоприменение, теоретическая конструкция содержания, процессуально-должностная активность, инструктивность, официальность актов правоприменения, ответственность.

М.Т. Ashirbekova

About Theoretical Construction of the Publicity Criminal Procedure Principle

The author considers that in spite of not being fixed in the procedural criminal legislation, the principle "ex officio" remains in the system of the principles of modern criminal procedure. The author suggests his own theoretical structure of the given principle "ex officio". This structure combines the propositions, determining the quality of applying legal regulations in the criminal procedure. The principle "ex officio" is defined on the basis of the theoretical structure introduced in the article.

Key words: publicity principle, law enforcement, theoretical structure content, procedural-titular activity, instructiveness, law enforcement acts officiality, responsibility.

С.В. Лаврухин, А.С. Утешова

Структура методики выявления, раскрытия и предупреждения преступлений, предусмотренных ст. 183 УК РФ (ст. 200 УК РК)

В статье впервые рассматриваются информационный, программно-целевой, организационный и технологический компоненты методики выявления, раскрытия и предупреждения исследуемых и других преступлений.

Ключевые слова: криминалистическая методика, уголовно-правовая характеристика преступлений, преступление, расследование преступлений; принцип публичности, правоприменение, теоретическая конструкция содержания, процессуально-должностная активность, инструктивность, официальность актов правоприменения, ответственность.

S.V. Lavrukhin, A.S. Uteshova

Structure of Methods of Revealing, Detection and Prevention of Crimes Specified by the Art. 183 CC RF and art. 200 of the CC of Kazakhstan

Information, purpose-program, organizational and technological components of the methodology of revelation, solving and prevention of crimes studied are considered for the first time.

Key words: criminology methodology, criminal-legal characteristics of crimes, crime, crime investigation.

А.Ф. Соколов

Модернизация деятельности прокурора в досудебном производстве по уголовным делам и ее последствия

Анализируются изменения полномочий прокурора по осуществлению надзора за процессуальной деятельностью органов следствия, их положительное значение и недостатки для правоприменительной практики.

Ключевые слова: модернизация деятельности, деятельность прокурора, деятельность прокурора по уголовным делам, досудебное производство.

A.F. Sokolov

Renovating of the Procurator's Activity in the Criminal Proceedings and Its Consequences

Changes of the prosecutor's authority of performing supervision over the procedural activity of inquest bodies, their advantages and disadvantages for law-enforcing practice.

Keywords: modernization activity, prosecutor's activity, prosecutor's activity on criminal cases, pre-trial proceeding.

Е.А. Ефремов

Реализация прав потерпевшего в уголовном судопроизводстве

Реализация защиты прав и законных интересов граждан, потерпевших от преступлений, являются первоочередной задачей Российского уголовного судопроизводства.

Из-за несовершенства целого ряда положений уголовно-процессуального законодательства права и законные интересы потерпевшего не всегда могут быть реализованы.

Автор, исследуя тему, вносит свои предложения, направленные на реализацию прав потерпевшего в уголовном судопроизводстве.

Ключевые слова: потерпевший, уголовное судопроизводство, возмещение вреда, уголовное преследование.

E.A. Yefremov

Realization of a Victim's Rights in the Criminal Proceedings

Realization of protection of the rights and legitimate interests of the citizens who have suffered from crimes is a priority of the Russian criminal legal proceedings.

Sometimes it is difficult to realize the rights and legitimate interests of the victim because of imperfection of a lot of positions of the criminal procedure.

The author, investigating the theme, brings the offers directed on realization of the rights of the victim in criminal legal proceedings.

Key words: victim, criminal proceedings, compensation of damages, criminal prosecution.

Л.М. Цимбал

E-mail: Leonid.cimbal@rambler.ru

О некоторых проблемах, связанных с назначением новых видов экспертиз в российском уголовном процессе

Статья посвящена анализу теории судебной экспертизы для рассмотрения перспективы включения в российское уголовное судопроизводство новых видов (классов, родов и т.п.) экспертиз, на примере внедрения судебно-религиоведческой экспертизы.

Ключевые слова: судебная экспертиза, эксперт, основание для производства экспертизы, виды экспертиз, специальные знания, новые виды экспертиз, экспертное учреждение, проблема, предмет экспертизы, задачи экспертизы.

L.M. Tzimbali

Certain Problems Connected with Setting New Kinds of Expert Examination in the Russian Criminal Proceedings

The article is devoted to the analysis theory of judicial examination and perspective of the application in russian criminal process new kinds examinations for example religious judiciary examination.

Key words: judicial examination, expert, base of examination, kinds of examinations, special knowledge, the new kinds of examinations, expert establishment, the problem, the subject of examination, the tasks of examination.

Н.А. Финогенов

Использование данных психологии и лингвистики в деятельности по фиксации вербальной информации

В статье приводятся особенности применения в ходе фиксации вербальной информации данных психологии и лингвистики: описываются процессы восприятия, переработки и отражения вербальной информации, влияние на них психологических факторов, излагаются сведения о языковых и речевых средствах.

N.A. Finogenov

Using Psychological and Linguistic Data in the Process of Fixing Verbal Information

In article there are produce the peculiarities of application in the course of fixation of verbal information of psychology and linguistics facts: describe the processes of perception, remaking and verbal information reflection, influence of psychological factors, give an account of nformations about the linguistic and vocal means.

М.Б. Ахмедова

Сущность специальных знаний и возможности их использования в уголовном судопроизводстве

В статье рассматривается понятие специальных знаний в сфере уголовного судопроизводства, их структурообразующие элементы, правомерность отнесения к специальным знаниям в области права, а также возможности использования специальных знаний при производстве по уголовному делу.

Ключевые слова: сущность специальных знаний, использование специальных знаний.

M.B. Akhmedova

The Nature of Special Knowledge and Possibilities of Their Using in the Criminal Proceedings

The article deals with the notion and structural elements of specialized knowledge in the sphere of criminal procedure, the legitimacy of referring it to the specialized legal knowledge, as well as the possibilities of using specialized knowledge in the procedure in criminal cases.

Key words: specialized knowledge, criminal procedure, structural elements.

В.Е. Гудзь

Исследование места обнаружения взрывчатых веществ и взрывных устройств как начальный этап расследования преступлений, связанных с незаконным оборотом взрывчатых веществ и взрывных устройств

В статье приводятся основные организационные и тактические рекомендации по осуществлению следственных действий и оперативно-розыскных мероприятий на начальном этапе расследования преступлений данной категории.

Ключевые слова: взрывчатые вещества, взрывчатые устройства, следственно-оперативная группа, сапер, обезвреживание, обнаружение.

V.E. Gudz

Examination of the Place of Finding Explosive Substance and Mechanisms for Explosions as the Initial Stage of Detecting Crimes

In article there are produce the main organization and tactical recommendations of realization of investigation actions and efficient and search measures on the innitial stage of crimes investigation of present category.

Key words: explosives, explosive devices, investigatory-operative group, the sapper, neutralization, detection.

История права и государства History of State and Law

М.Ф. Зеленов

Проблемы формирования правовых основ потребительской кооперации в России: вторая половина XX века

В статье дается характеристика правовой базы регулирования отношений в потребительской кооперации во второй половине XX века. Анализируется эффективность попыток противостояния кооперативных организаций государственному администрированию. Обосновывается особая роль потребительской кооперации как сектора реальной экономики страны.

Ключевые слова: потребительская кооперация, полномочия кооперативов, угроза огосударствления, организационно-структурные преобразования, перестройка потребкооперации.

M.F. Zelenov

Problems of Forming of the Legal Basis of Consumer Cooperation in Russia: the Second Part of the XX Century

In clause the characteristic of legal base of regulation of attitudes in consumers cooperative society in second half XX of century is given. Efficiency of attempts of opposition of the cooperative organizations to the state administration is analyzed. The special role of consumers' cooperative society as sectors of a real national economy proves.

Key words: consumers cooperative society, powers of cooperative societies, threat of nationalization, organizational-structural transformations, reorganization of cooperative society.

Т.К. Красильникова

Правовой статус цеховых и купеческих корпораций в России

Анализируются существующие точки зрения по проблеме организации труда ремесленников на Руси в различные исторические периоды.

Ключевые слова: корпорация, сословия, цех, ремесленник, посадские люди, купец.

T.K. Krasilnikova

Legal Status of Shop and Merchant Guilds in Russia

The author of the article analyses the existing points of view on the problem of the craftsmen labor in Russia in different historical periods.

Key words: guild (corporation), estate, shop, craftsman, people from suburbs, merchant.

В.Е. Николаев

E-mail: kaf_inf@sgap.ru; nivlev@list.ru

Роль решений Правительствующего Сената в создании механизма защиты авторских прав драматургов во второй половине XIX века

Статья посвящена истории становления и развития института защиты авторских прав в отношении драматических произведений. Проводится анализ норм законодательства и решений высших судебных инстанций, рассматривается роль последних в восполнении пробелов в авторском праве.

Ключевые слова: история авторского права, драматическое произведение, Сенат.

V.E. Nikolaev

The Role of Governmental Senate Decisions in Creating Mechanism for Protecting Playwright's Copy Rights in the Second Half of the XIX century

The article is devoted to the history of formation and development of the institute copyright protection with respect to dramatic works. The legislation and the decisions of higher courts are analyzed, and the role of such decisions in filling in the gaps in copyright is considered in this article.

Key words: copyright history, dramatical piece, the Senate.

Другие отрасли права Other Branches of Law

Л.П. Волкова

Вопросы местного значения как основа формирования компетенции исполнительных органов местного самоуправления

Рассмотрен порядок формирования компетенции исполнительных органов местного самоуправления, сформулированы предложения по совершенствованию разграничения полномочий между государством и местным самоуправлением.

Ключевые слова: муниципальное управление, местные вопросы, муниципальное образования.

L.P. Volkova

Local Administration Questions as the Basis of Local Self-Administration Executive Bodies' Competence Forming

The order of formation of the competence of executive powers of local government is considered, offers on perfection of differentiation of powers between the state and local government are formulated.

Key words: municipal management, local questions, municipal formations

А.А. Железинский

E-mail: zhelezinsky@rambler.ru, zhelezinsky1@yandex.ru

Соблюдение права человека на благоприятную окружающую среду как основной принцип охраны окружающей среды

В статье рассмотрены такие вопросы как: понятие и содержание права на благоприятную окружающую среду, его место в системе конституционных прав и свобод, взаимосвязь права на благоприятную окружающую среду с другими правами и свободами человека, правовые основы получения экологической информации и другие формы реализации права на благоприятную окружающую среду, проблемы реализации и защиты данного права.

Ключевые слова: благоприятная окружающая среда, права человека и гражданина, охрана окружающей среды, экологическая безопасность, конституционный принцип.

A.A. Zhelezinsky

Observance of Human Rights to Conducive Environment as the Main Principle of the Environment Protection

The article considers the concept and the content of the right to favorable environment, its place in the constitutional rights and liberties system, the correlation between the right to favorable environment and other human rights and liberties, the legal basis of ecological information supply and other forms of the right to favorable environment implementation and the right's implementation and protection problems.

Key words: favorable environment, human and civil rights, surroundings preservation, ecological safety, constitutional principle.